Referendar Hannes Kaufmann

Die rechtliche Zuständigkeit des gesamthändischen Gesellschaftsvermögens ::

Die rechtliche Zuständigkeit des gesamthändischen Gesellschaftsvermögens

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristischen Fakultät der Universität Breslau

vorgelegt von

Hannes Kaufmann
Referendar

C. H. Beck'sche Buchdruckerei in Nördlingen

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät
der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Herbert Meyer.

Korreferent: Professor Dr. Schott.

Die Dissertation ist ein Teil einer Arbeit, die unter dem Titel: **„Das Eigentum am Gesellschaftsvermögen. Unter besonderer Berücksichtigung des Stempelsteuerrechts“** demnächst in der C. H. Beck'schen Verlagsbuchhandlung Oskar Beck in München als 2. Heft des 22. Bandes der von Professor Dr. Otto Fischer herausgegebenen „Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches“ erscheinen wird.

Inhaltsverzeichnis.

§ 1.

Einleitung.

Im folgenden wird ein Rechtsgebilde von so eminent wirtschaftlicher Bedeutung, wie es das Gesellschaftsvermögen ist, von einem rein begrifflichen Gesichtspunkt aus abgehandelt werden.

Es soll im Ziel nur von der nackten Rechtszuständigkeit des Vermögens der sogenannten Gesamthandgesellschaften[1]) gesprochen werden, — denn das ist dasjenige, was man unter dem untechnischen Begriff „Eigentum am Vermögen" einwandfrei verstehen muß.

Es handelt sich also um das Zusammentreffen eines rein dogmatischen, aus dem römischen ins moderne Recht herübergenommenen Konstruktionselementes mit den deutschrechtlichen Kategorien des Gesellschaftsrechts.

Dabei wird sich vielleicht als an einem Beispiel zeigen — und das ist nicht das geringste Interesse, das diese Arbeit verfolgt —, daß die zahlreichen praktischen Einzelfragen, die sich aus einer solchen Rechtslage notwendig entwickeln, befriedigend und einheitlich nur in einer vorurteilslos durchgeführten theoretischen Betrachtungsweise beantwortet werden können.

Es sollen zwei Seiten des Problems scharf auseinander gehalten werden:

I. Eine subjektive: Welches ist das gegenseitige Verhältnis der mehreren Gesellschafter in ihren Beziehungen zum Gesellschaftsvermögen, insbesondere: werden dabei Anteile rechtlicher Zuständigkeit von irgendwelcher Art für die einzelnen unterschieden?

II. eine objektive: welches ist der Gegenstand dieser — anteilsmäßigen oder nicht anteilsmäßigen — Beziehungen: das Vermögen als ein selbständiger Rechtsobjektivität fähiger Inbegriff, oder seine einzelnen Gegenstände, und welches sind diese?

Mit Beantwortung der beiden Fragen wäre das Problem abstrakt aufgelöst und es bleibt nur das Ergebnis im einzelnen darzustellen.

---

[1]) Gesellschaft des BGB. und offene Handelsgesellschaft. Auf die Besonderheiten der Reederei soll nur beispielsweise hingewiesen werden.

Die subjektive Seite des Problems.

A. Der Stand der Frage.

§ 2.

I. Übersicht.

Die Beantwortung der Frage nach der rechtlichen Natur der Beziehungen zwischen den einzelnen Gesellschaftern und dem Gesellschaftsvermögen (GV.) ist abhängig von der rechtlichen Konstruktion der Gesellschaft im allgemeinen. Diese ist auf sehr verschiedene Weise versucht worden.

Begrifflich sind zwei Möglichkeiten gegeben: Entweder erscheinen die Gesellschafter als zu einer neuen, von ihnen verschiedenen (juristischen) Person organisiert, oder sie sind lediglich zu einer Gemeinschaft verbunden: „Alle Rechtsformen, die aus der Vereinigung von Menschen entstehen, müssen sich unter diese zwei Gruppen verteilen, und eine Mittelform, eine dritte Art zwischen diesen beiden gibt es nicht." Das hat Heusler ein für allemal überzeugend dargetan[1]) und die absolute Geltung des Satzes wird dadurch nicht im geringsten beeinträchtigt, daß zur Beschreibung einzelner Formen der einen Kategorie auf Erscheinungen in der anderen Bezug genommen werden kann.

Die Gemeinschaften können nun ihrerseits wieder lediglich obligatorischer Natur sein — dann kommen wir für die Gesellschaft zum Begriff der römischen Sozietät.

Oder sie können personenrechtlicher Natur sein — und das führt zur deutschrechtlichen Gemeinschaft zur gesamten Hand.

§ 3.

II. Theorie der juristischen Persönlichkeit.

Die Auffassung der Gesellschaft als einer juristischen Person ist für das ältere HGB. ziemlich verbreitet gewesen,[1]) für das moderne Recht kann man sie indessen wohl als aufgegeben bezeichnen.

---

[1]) Heusler, Institutionen I § 53 S. 249 ff. Gierke, GenTh. Kap. III a. A. S. 339 f., 341 Anm. 1 kann sich dem mit Recht anschließen. Seiner scharf betonten und umfassenden Unterscheidung sozialrechtlicher und individualrechtlicher Vereinigungen liegt derselbe Gedanke zugrunde.

Auch Dernburg, Pandekten (7) I § 61 — um einen Romanisten zu nennen — geht von dem Satz aus: „Eine Personenverbindung zur Erreichung gemeinsamer Zwecke ist in zwei Formen möglich, nämlich in derjenigen der Korporation und in derjenigen der Gesellschaft" (S. 139).

Wenn er am Ende (S. 142) glaubt, dem „deutschen und modernen Recht" ein Drittes konzedieren zu müssen, ohne über dessen Konstruktion etwas anderes zu sagen, als sie sei nicht logisch, so ist das eben keine Konstruktion und es bleibt auch für ihn (wie alle Romanisten) bei dem zuerst aufgestellten, unanfechtbaren Satze.

[1]) Literatur: Ältere bei Thöl § 87 Anm. 3; neuere bei Joerges, ZHR. 49, 167

Tatsächlich kommen ihr freilich andere Konstruktionen — die ausdrücklich den Gedanken weit von sich weisen —, doch so nahe, daß sie von manchen Beurteilern dieser Kategorie zugewiesen werden. Dies gilt insbesondere für einzelne der verschiedenen Konstruktionen Gierkes und eine Reihe von Entscheidungen des Reichsgerichts.[2]) Über die sachliche Berechtigung solcher Kritik ist an anderer Stelle zu sprechen.

Was die Theorie der relativen juristischen Person anbelangt, die von Dahn, Gareis und Gareis-Fuchsberger vertreten wird,[3]) so sagt diese für sich über das Verhältnis der Gesellschafter zum Gesellschaftsvermögen nichts aus. Denn von den genannten Schriftstellern wird die Gesellschaft — neben einer weiteren Voraussetzung[4]) — nur in den Beziehungen zu Dritten[5]) als juristische Person behandelt und daher im übrigen als Gemeinschaft.

Da also tatsächlich für das Gesellschaftsrecht und unser Problem die Persönlichkeitstheorien ohne Bedeutung geworden sind, erübrigt es sich auf die Frage einzugehen, ob und wie etwa auch hier auf genossenschaftsrechtlicher Grundlage eine direkte Zuständigkeitsbeziehung zwischen Gesellschaftern und Gesellschaftsvermögen denkbar wäre.

III. Gemeinschaftstheorien.

1. Die lediglich obligatorische Gemeinschaft.

§ 4.

a) Darstellung der Theorie.

Wird lediglich eine obligatorische Gemeinschaft unter den Mitgliedern als Grundlage der Gesellschaft angenommen, so ergibt sich die Konstruktion etwa folgendermaßen:

Die vorhandenen obligatorischen Beziehungen der socii sind prinzipiell völlig unerheblich für die Beurteilung ihres Verhältnisses zu dem „Ge-

Anm. 93. Judikatur bei Gierke, GenTh. 48 Anm. 1. Eine ausführliche Darstellung widmet ihr von Neueren Burchardt, Über die Feststellung im Konkurse der offenen Handelsgesellschaft. Leipzig 1900. S. 27 ff.

[2]) Behrend, Anzeige von Gierkes GenTh. in ZHR. 34, 281, RG. Urt. des 4. Zivilsen. vom 5. Dezember 1889 Entsch. 25, 256, dazu Nagler 716 ff., Lehmann, Lehrb. des HR. § 55 S. 289 bei Anm. 3.

[3]) Dahn, Handelsrechtliche Vorträge S. 76, Gareis § 25 ff. S. 154, insbesondere S. 162, Gareis-Fuchsberger zu Art. 87, V.

[4]) — nämlich, „wenn und soweit die Firma Stand hält". Dahn, Gareis, Gareis-Fuchsberger a. Anm. 3 a. O.

[5]) Daher nimmt Behrend, Lehrbuch I, 1 § 62, Zus. I S. 448 das italienische HGB. für diese Konstruktion in Anspruch, wo es im § 77 Abs. III heißt: le società ... costituiscono, rispetto ai terzi, enti collettivi distinti dalle persone dei socii.

sellschaftsvermögen". Dieses Wort hat zunächst gar keinen juristischen Inhalt. Es bezeichnet wirtschaftlich und faktisch denjenigen Komplex von Gegenständen, der von den Gesellschaftern den Gesellschaftszwecken gewidmet ist, und die juristische Natur der etwa entstandenen Mitberechtigung bestimmt sich nach den allgemeinen Vorschriften des Gesetzes über die Gemeinschaft. Diese Vorschriften waren für das bisherige deutsche Recht und sind für das BGB. im wesentlichen die römischen Regeln über die communio, die „Gemeinschaft nach Bruchteilen" (§§ 741 ff. BGB.).

Und so werden also von den Anhängern dieser „Sozietätslehre" auch für die einzelnen Gesellschafter scharf begrenzte, selbständige Quoten der rechtlichen Zuständigkeit unterschieden, wie sie das römische Recht kannte.

Nach ihrer Theorie ist aber für die Fälle, in denen solche Gemeinschaft nach Bruchteilen auf Grund eines Gesellschaftsvertrages eintritt, vom Gesetz lediglich positiv aus allerlei praktischen Erwägungen heraus eine Beschränkung der freien Verfügungsmacht über die Anteile festgesetzt (§ 719 BGB.), so daß alle Gesellschaftern gemeinschaftlichen Gegenstände dadurch eine von ihrem übrigen Vermögen sich abhebende Masse darstellen, die als Sondervermögen bezeichnet wird.

An der rechtlichen Natur der Anteile wird aber durch diese Bindung nichts geändert. Wie wenig solche Modifikationen dem Wesen der gewöhnlichen Gemeinschaft nach Bruchteilen widersprächen, ergibt sich nach der Meinung verschiedener Schriftsteller schon aus dem römischen Recht, das für solche Fälle der communio selbst tiefgreifende Einschränkungen der Verfügungsmacht auch mit Wirkung gegen Dritte gekannt habe. Insbesondere weit geht in diesem Punkte z. B. Adler.[1])

Mit einer derartigen Auffassung stimmt nun auch die Terminologie des Gesetzes gut überein. „Die Beiträge . . . werden gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter", sagt § 718 Abs. 1 — — — „steht ein Recht mehreren gemeinschaftlich zu . . ." erinnert man sich der einleitenden Worte des Titels über die Gemeinschaft. Und die „Anteile" in den §§ 719 ff. korrespondieren so sehr mit den „Anteilen" der „Gemeinschaft nach Bruchteilen" in den §§ 741 ff., daß im Augenblick ein Zweifel ausgeschlossen erscheinen mag.

§ 5.

b) Die Vertreter der Theorie.

Trotzdem sind die Vertreter dieser Anschauung durchaus in der Minderzahl. Für das ADHGB. freilich war sie weit verbreitet. Insbesondere

[1]) Adler, Zur Entwicklungslehre und Dogmatik des Gesellschaftsrechts § 3 Ad II S. 16 f. u. 88.

hervorzuheben sind die Ausführungen von Adler und Laband,[1]) welche beide annehmen, „daß die Kategorie der römischen Sozietät völlig zur Erklärung aller Erscheinungen des GV. ausreiche" und daß die „Vermögensanteile dem Begriff des römischen condominium pro indiviso unterzuordnen seien". Auch bei Thöl[2]) ist der Ausdruck „Gesamteigentum" für das Miteigentum der Gesellschafter lediglich terminologisch, „insofern die ideellen Anteile, welche entschieden vorhanden sind, unpraktisch sind". Er steht ebenso wie Goldschmidt, von Hahn, Renaud und Rösler[3]) auf dem Boden der Sozietätstheorie.

Interessant ist, daß auch Gierke[4]) in dem ersten Bande seines Genossenschaftsrechts (1868) die offene Handelsgesellschaft rein als modifizierte societas auffaßt, „welche Natur sie durch die moderne Fortbildung in keiner Weise weder tatsächlich noch rechtlich geändert habe". Das besondere Gesellschaftsvermögen wird für ihn nach innen „durchaus von den ideellen Quoten der Teilhaber absorbiert". Den Gesamthandstandpunkt erwähnt er in einer Anmerkung,[5]) ohne sich ihm anzuschließen.

Freilich ist seine Ausdrucksweise im übrigen so, daß es eigentlich nur des Einsetzens der später von ihm entwickelten termini bedarf, um eine gesamthändische Konstruktion zu erhalten.

Ähnlich wie hier Gierke äußert sich Stobbe.[6]) Ferner ist Lastig[7]) in diesem Zusammenhange zu nennen, wenn er auch den Begriff der Gesellschaft lediglich als einen „wirtschaftlichen" anerkennen will. Denn das von ihm in Anspruch genommene „Übereinkommen" der Gesellschafter, solch wirtschaftliches Institut ins Leben zu rufen, enthält notwendig gegenseitige Obligationen.

Auch Milch[8]) stellt sich mit ausführlicher Begründung auf den Standpunkt, daß die offene Handelsgesellschaft unter den Begriff der römischen societas einzuordnen sei.

Für das neue Recht wird die Sozietätstheorie von Binder vertreten,[9])

---

[1]) Adler a. S. 4 Anm. 1 a. O., S. 71; Laband, ZHR. 31, 60.

[2]) Thöl § 96, 4 S. 329/30; S. 361.

[3]) Goldschmidt, System (3) § 42 S. 118 ff.; von Hahn I. zu Art. 85 ff.; Renaud, KommGes. § 15, besonders S. 109; Rösler, ZHR. 4, 319. Weitere Literatur bei Burchardt a. S. 3 Anm. 1 a. O., S. 49 Anm. 2.

[4]) Gierke, GenR. I § 69 VI. Text zwischen Anm. 49 und 50 S. 984; S. 985 unter b.

[5]) Gierke daselbst S. 983 Anm. 47 a. E.

[6]) Stobbe, Handb. (2) I § 49, 5 S. 389 ff.

[7]) Lastig, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, in Endemann, Handb. I § 75 S. 317; § 78 S. 329.

[8]) Milch, Die Haftung rc., Jur. Diss., Breslau 1892, S. 35. Hier auch Anm. 22 die damalige Literatur, soweit sie auf dem gleichen Standpunkte steht.

[9]) Binder, Die Rechtsstellung des Erben III § 34 S. 29, bestätigt in ZHR. 59, 58 ff.

doch weicht er in Konsequenzen von der hier oben gegebenen Darstellung ab. Ausgehend von einer scharfen Polemik gegen die Herübernahme historischer Begriffe aus der „naiven Rechtsbetrachtung der Verfasser der Volksrechte, Rechtsbücher und Weistümer in die analytische Konstruktion des modernen Rechts" erklärt er alle Abweichungen des gesellschaftlichen Miteigentums lediglich aus den positiven Vorschriften[10]) des Gesetzes, deren Wirksamkeit durch Abschluß des Gesellschaftsvertrages ausgelöst wird, die aber die rechtliche Natur des unter Gesellschaftern bestehenden Miteigentums in keiner Weise im Wesen berühren. Zwar nimmt er mit Rücksicht auf § 48 GBO. an, daß dies Miteigentum kein „Miteigentum nach Bruchteilen" im Sinne des Gesetzes sei[11]) — aber nicht deshalb, weil die Gesellschafter nicht in genau gleicher Weise zu Bruchteilsrecht Miteigentümer wären, sondern nur, weil die Vorschriften der §§ 1008 ff. seiner Meinung nach nicht ohne besondere Verweisung Anwendung finden sollen. Demnach hat der auch von ihm für die Fälle solcher modifizierten Gemeinschaft (Gesellschaft, eheliche Gütergemeinschaft, Erbengemeinschaft) verwandte Ausdruck „Gesamthandverhältnisse" ebenfalls nur terminologische Bedeutung, welcher Verwendung übrigens auch Adler[12]) zustimmt.

Das Reichs-Oberhandelsgericht[13]) hat den Begriff der Sozietät bis zuletzt festgehalten und nur „Abweichungen" angenommen, die aus dem Begriffe des Sondervermögens abgeleitet wurden. Eine Anerkennung der besonderen gesamthändischen Personalgemeinschaft ist in den von Gierke hierfür erwähnten Urteilen[14]) nicht zu erkennen. Dort handelt es sich nur um die notwendigen Rückwirkungen jener Vermögenssonderung auf die Subjekte jenes Sondervermögens.[15])

2. Die Theorien der Gemeinschaft zur gesamten Hand.[1])

§ 6.

a) Vorbemerkung.

Es ist überall unbestritten, daß die erwähnten Verfügungsbeschränkungen des Gesetzes Zwecken dienen, die durch die „gesamte Hand" des älteren deutschen Rechtes erreicht wurden, und ebenso, daß die gesetzgeberische

[10]) a. a. O. III § 34 Anm. 40 S. 22, 23.

[11]) S. 46 ebenda. [12]) Adler a. S. 4 a. O. S. 88.

[13]) Vgl. Entsch. d. ROHG. 2, 145; 12, 261; 14, 5; 20, 181; 21, 130; insbesondere auch die Ausdrucksweise in 9, 17/18.

[14]) Gierke, GenTh. S. 464/65 Anmm.

[15]) z. B. Entsch. d. ROHG. 21, 130.

[1]) Wenn in den folgenden Abschnitten an einzelnen entscheidenden Stellen Gierkesche Sätze einfach in den Text übernommen sind, so liegt das an der Über-

Arbeit bei Schaffung der Bestimmungen sich wesentlich an diesen deutschrechtlichen Gedanken angelehnt hat. Die erwähnte Terminologie einzelner Vertreter der Sozietätstheorie führt die Anerkennung dieser Tatsache vor Augen. Die herrschende Meinung aber hat sich darüber hinaus auf den Boden des Gierkeschen Satzes gestellt, daß man diese Bestimmungen nicht auf der römischen Grundlage konstruieren könne," ohne daß dabei Vorstellungen entwickelt würden, die einem nur unter Voraussetzung des Gesamthandprinzips überhaupt möglichen Vorstellungskreise angehörten."[2])

So ist man zur Annahme einer im BGB. vorhandenen besonderen Kategorie gesamthändischer Mitberechtigung im Gesellschaftsrecht wie im Recht der ehelichen Gütergemeinschaft und der Erbengemeinschaft gekommen, obwohl das Gesetz nirgends diesen Ausdruck gebraucht und nur an den drei Stellen übereinstimmend jene Verfügungsbeschränkungen normiert hat.

Auf dem gemeinsamen Boden der gesamthändischen Gemeinschaft aber stehen sich für unsere Frage der Rechtszuständigkeit des Gesellschaftsvermögens zwei[3]) Theorien gegenüber, die seit dem Vorgange Naglers[4]) üblicher- und passenderweise als die Theorie der geteilten (G. M.) und der ungeteilten (U. M.) Mitberechtigung bezeichnet werden und von denen man wohl keine als herrschend bezeichnen kann.

Ehe wir aber an eine Darstellung dieser Theorien und an den Versuch der Charakterisierung ihrer Vertreter heran gehen, sei es gestattet, den begrifflichen Inhalt und den historischen Ursprung einer solchen Kategorie gesamthändischer Mitberechtigung einen Augenblick zu erörtern.

Denn die Elemente gesamthändischer Konstruktion liegen nicht, wie bei der Sozietätstheorie, im Gesetzbuche wohlgeordnet vor uns, in eine gangbare juristische Währungsmünze geprägt, die jedermann annehmen muß, sondern es müssen die Begriffe, die dem Gesetze fehlen, selbständig festgestellt werden. Das ist aber nur möglich, wenn man ihre geschichtliche Bedeutung im deutschen Recht nicht aus den Augen läßt.

---

zeugung des Verfassers, daß es müßig und anmaßend wäre, neue Formeln da zu suchen, wo prägnante und allgemein bekannt gewordene Wortfolgen in jahrzehntelanger Arbeit von dem eigentlichen Schöpfer dieser ganzen Rechtsmaterie herausgearbeitet worden sind, die — mag man sie anerkennen oder verwerfen — beinahe den Wert von Rechtsnormen beanspruchen können.

[2]) Gierke, GenTh. 342.

[3]) Neuerdings wird vielfach nach dem Vorgange Oertmanns eine dritte, Sohmsche, Theorie der „Anteile kraft Personenrechts" aufgeführt. Vgl. Oertmann, Schuld-Verh., Vorbem. vor § 705 S. 760 und insbesondere auch RG., I. Zivilsen. vom 23. Februar 1907, Entsch. 65, 232. Daß hierzu keine Veranlassung vorliegt, ist unten S. 36 ff. ausgeführt.

[4]) Nagler 705.

b) Die Grundlagen.

§ 7.

aa) Das Wesen des Rechtsprinzips der gesamten Hand.

Es war in ältester Zeit[1]) nicht die Rechtsstellung jedes einzelnen Menschen, an deren Regelung die Privatrechtsordnung der germanischen Völker ansetzte, sondern die rechtliche Abgrenzung der Befugnisse begann erst bei den Verbänden der Familie oder Sippe. Das freie Gebiet — das Verhältnis der einzelnen Mitglieder untereinander — war der Regelung durch Sitte und die Religion überlassen.

Anders wie in Rom war aber hier nicht die Repräsentation einer zunächst unterhalb der Rechtsordnung stehenden Gruppe durch den pater familias notwendig oder ausreichend. Vielmehr handelte es sich regelmäßig um eine Anzahl gleichgeordneter und durchaus rechtsfähiger Personen, die aber in den Beziehungen zu dem Hausgute nur in ihrer Gesamtheit rechtlich geschützt waren. Hierdurch war ein Zusammenhandeln bedingt, das naturgemäß sehr bald selbst rechtlicher Ordnung bedurfte und aus dem sich das Rechtsprinzip der gesamten Hand entwickelt hat, dessen ältesten Wirkungsfall es darstellt.

„Die gesamte Hand ist an sich noch kein Rechtsinstitut (ein solches ist erst die auf der gesamten Hand beruhende Gemeinderschaft), aber ein Rechtselement ... ein Rechtsmotiv oder Rechtsprinzip.“[2]) Es ist auch nicht lediglich die Bezeichnung eines Rechtssymbols, das überhaupt nur Rechtsgemeinschaft bedeutete,[3]) sondern mehr: Es ist der Ausdruck einer ganz bestimmten Art der gemeinschaftlichen Berechtigung: nicht jeder hat das ganze Recht, nicht jeder hat nur einen Teil des Rechts — sondern nur alle zusammen haben überhaupt erst das Recht, nur ihrer aller verschlungene Hände zusammen haben die Gewalt.

Über das eigentliche Wesen der gesamten Hand — d. i. ihre juristische Konstruktion — gehen die Meinungen auseinander. Einigkeit herrscht jedenfalls darüber, daß die Wirksamkeit des Prinzipes überall auf einer personenrechtlichen Verbundenheit der Mehreren beruht, die dann vermögensrechtliche Wirkungen hat.[4]) Überall wirkt die Entstehungsgeschichte aus dem Familienrechte nach.

---

[1]) Zu vergleichen: Stobbe, Zeitschr. f. Rechtsgesch. 4, 2 S. 214; Gierke ebenda 12 S. 485 (Erbrecht und Vicinienrecht im Edikt Chilperichs), 1876; Brunner, Rechtsgeschichte I S. 78 Anm. 57.

[2]) So zuerst Heusler, Institutionen I S. 226; zustimmend z. B. Gengler, Deutsch. PrivR. 141 und ausdrücklich Gierke, GenTh. 342 Anm. 1 und sonst.

[3]) So Zimmerle, Stammgutssystem 95.

[4]) So schon kurz Kuntze, ZHR. 6, 210 (1863); Stobbe, Handb. (1) II, 1 § 81, A S. 65 u.

Nach der Meinung Gierkes ist damit überhaupt schon eine erschöpfende Definition des Gesamthandprinzipes gegeben. Nach ihm beruht das Wesen der gesamten Hand „lediglich in dem allgemeinen Gedanken der vermögensrechtlichen Wirksamkeit einer personenrechtlichen Gemeinschaft".[5])

Was andere sonst für wesentliche Merkmale eines gesamthändischen Instituts halten:

die mangelnde Quotenteilung in der rechtlichen Zuständigkeit,[6])

die Gebundenheit der Verfügungsmacht,[7])

das Vorkommen lediglich gegenüber von Vermögensinbegriffen,[8]) weist er als nicht essentiell nach,[9]) so, wie der Ausschluß der Teilungsklage und daß die Gemeinschafter „samende woninge und ungescheiden roeck und brot" haben müßten, auch schon in früheren Zeiten immer als den Gesamthandsinstituten nicht wesentlich, wenn auch wesensgemäß anerkannt war.[10])

Gierkes weite Definition wird auch anzunehmen sein: jede echt personenrechtliche Gemeinschaft wird zur Gesamthänderschaft, wenn sie mit Vermögensrecht in Beziehungen tritt.

Sie kann übrigens als herrschende Lehre bezeichnet werden: Wenn immer wieder bestimmte Einzelwirkungen der gesamten Hand als essentialia hingestellt werden,[11]) so ist dabei stets — bewußt oder unbewußt — nicht das Rechtsprinzip der Gesamthand allgemein, sondern ein bestimmtes

---

Zeitschr. f. Rechtsgesch. 4, 2 S. 214 unter 3; Beseler, System des Gem. Deutsch. PrivR. § 71 A; Heusler, Institutionen I S. 250; Sohm, Gegenstand 65 besonders aber Gierke, GenTh. 343 und sonst.

[5]) Gierke, GenTh. 353.

[6]) So insbesondere: Stobbe, Handb. (2) II, 1 S. 68 und Zur Gesch. des deutsch. Vertragsrechts 146 sowie allgemein Homeyer, Sachsenspiegel (2) II, 2 S. 461 ff. Aber auch Thudichum, Gesch. des Deutsch. PrivR. (1) § 45 S. 239 und Eichhorn, Einl. in das Deutsch. PrivR. (4) § 168, 2 i. Vb. m. § 169 S. 453 f. (die freilich den Begriff im übrigen ablehnen).

[7]) So Heusler, Institutionen I S. 226; Joerges 51, 61.

[8]) So Sohm, Gegenstand 40; Lux, Notwendigkeit der Streitgenossenschaft 50.

[9]) Gierke, GenTh. 344 ff.: „Darum macht keine einzelne der dem einfachen Kommunionsverhältnis unverbundener Individuen fremden Erscheinungen, in denen sich eine gesamte Hand manifestiert, deren Wesen aus."

[10]) Gierke, Deutsch. PrivR. I § 80 S. 667; Heusler, Institutionen I S. 240 bezw. S. 247; Schröder, Lehrb. (5) § 40 S. 390 vor Anm. 30; Stobbe, Handb. (2) II § 81 A II, 1 S. 71/72 und Zeitschr. f. Rechtsgesch. 4, 2 S. 229 vor Anm. 21. Für den zweiten Punkt vgl. das Sprichwort: Mutschierung bricht nicht gesamte Hand.

[11]) Vgl. insbesondere die Meinungsverschiedenheiten in der II. Kommission, Metallogr. Prot. S. 2436 ff. (Guttentag II, 428) und ferner die Vertreter der UM. für das BGB., soweit sie allgemeine Bemerkungen machen z. B. Endemann (9) I § 180, 3 S. 1129; Engelmann, Lehrb. 377.

nach diesem Prinzip aufgebautes einzelnes Institut ins Auge gefaßt, an dem die betreffenden Einzelwirkungen hervortreten sollen.

§ 8.

bb) Gesamte Hand und Quotenteilung.

Insbesondere muß ausdrücklich hervorgehoben werden, daß durch eine bruchteilsmäßige Beanteiligung der mehreren gesamthändisch Verbundenen an der rechtlichen Zuständigkeit des betroffenen Vermögensrechtes der Begriff der gesamthändischen Gemeinschaft nicht ausgeschlossen wird.

„Aus dem Bereiche der gesamten Hand ist zwar das Anteilsprinzip (und das Solidarprinzip) verbannt — nicht aber aus den Gemeinschaften zur gesamten Hand.“[1])

Wirkt das Gesamthandprinzip nicht auf die Art der rechtlichen Zuständigkeit, so bleibt doch die personale Verbundenheit die Voraussetzung dafür, daß sie überhaupt vorhanden ist; das Prinzip ergreift die Dispositionsgewalt,[2]) oder wirkt den Ausschluß der Teilungsklage.[3]) Ist freilich in einer gesamthändischen Gemeinschaft das Prinzip „rein durchgeführt“, d. h. erstreckt es sich auch auf die rechtliche Zuständigkeit des Vermögens, so haben die einzelnen Gemeinschafter keine zahlenmäßig abgegrenzten Anteile daran.[4])

Das ist keine unklare historische Erinnerung.

Es ist durchaus juristisch vorstellbar, daß ein Recht nur mehreren in ihrer Verbundenheit zusteht — keinem eine Quote.[5])

---

[1]) Gierke, Deutsch. PrivR. I § 80 V, 3 S. 677.

[2]) Die Bruchteilsgemeinschaft des BGB. ist z. B. nicht nur nach Gierkes Auffassung (ArchBürgR. 19, 118) eine gesamthändische Verwaltungsgemeinschaft (s. unten S. 40). Der gleichen Meinung sind z. B. richtig auch Joerges 49, 185 und Planck (3) II Anm. II vor § 741 S. 779/80.

[3]) Vgl. Gierke, Deutsch. PrivR. I § 80, IV, V S. 669 ff.; Stobbe, Zeitschr. f. Rechtsgesch. 4, 2 S. 213.

[4]) Vgl. die vielzitierte Stelle Sachsenspiegel, Lehnrecht 32, 3: wende des die man nenen deil untvangen ne hevet, des ne mach he nenen deil lien noch laten.

[5]) Vgl. insbesondere Enneccerus, Lehrb. I § 312 I, 3 S. 794; Stobbe, Handb. II, 1 § 82 B S. 81; sogar Joerges 51, 56; RG. 7. Zivilsen. vom 11. Dezember 1903, Entsch. 56, 207/08. Neuerdings sehr einleuchtend von Thur, Der allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts § 3 III Anm. 11 S. 80. Dagegen besonders lebhaft Binder, Rechtsst. III S. 16 ff. Bemerkenswert ist aber, daß selbst er, der heftigste Gegner der Gesamthandslehre, gelegentlich ZHR. 59, 62/63 ein quotenloses Zuständigkeitsrecht, wenn auch nur bedingt, als begrifflich möglich anerkannt hat.

Für die Mehrheit ist deshalb keine neue Rechtspersönlichkeit begründet, sondern es handelt sich nur darum, daß mehrere Rechtsfähige nur zusammen Subjekt eines Rechtes sind.

Beim gesamthändischen Eigentum z. B. ist nicht jeder ein Stückchen Eigentümer oder Eigentümer eines Stückchens, wie das beim römisch-rechtlichen Miteigentum je nach der Auffassung der Fall ist, sondern das Recht jedes einzelnen besteht darin, daß ihm mit den anderen zusammen die Herrschaft zusteht, und sie den anderen nicht ohne ihn zusteht — weiter nichts.

Schwerlich wird man sagen können, der einzelne sei Eigentümer — Miteigentümer, wenn man scharf technisch spricht,[6] — aber ebensowenig kann man ihm dingliche Mitberechtigung absprechen. Dies „nur mit den anderen zusammen haben" ist eine besondere Art der Berechtigung, die der Gesamthand eigentümlich ist und jeder juristischen Kritik Stand halten kann.

Das Recht des einzelnen ist dabei nicht in einer Quote auszudrücken; jeder ist beteiligt an der Herrschaft — da sie ihnen nur allen zusammen zusteht — aber man kann den Anteil der Beteiligung des einzelnen im Verhältnis zu der der übrigen nicht rechnungsmäßig zum Ausdruck bringen. Das Recht jedes einzelnen richtet sich auf das Ganze, doch es ist beschränkt durch das Mitrecht der übrigen. Daß sie alle gleichberechtigt sind, ist ein qualitativer, kein quantitativer Begriff.[7]

Juristisch unfaßbar ist allerdings die Theorie, die zur Erklärung des quotenlosen gesamthändischen Eigentums im siebzehnten Jahrhundert von dem pseudonymen Justus Veracius[8] aufgestellt worden ist und die über ein Jahrhundert lang die deutsche Wissenschaft beherrscht[9] und die gesamte Hand geradezu in Verruf gebracht hat: die Theorie des „condominium plurium in solidum" — des Eigentums aller aufs Ganze.

Sie ist einmal falsch, denn gerade die Beschränkung des einen durch die personenrechtliche Verbindung in der er mit den anderen steht, ist ja das Wesentliche der gesamthändischen Mitberechtigung.[10]

---

[6] Ganz richtig Joerges (allerdings ablehnend) 51, 55; RG. ohne Bedenken z. B. Entsch. 68, 412 in Beschl. des 5. Zivilsen. vom 23. Mai 1908 (vgl. aber die Anm. 5 zit. Entsch.). Vgl. ferner preuß. OVG. in dem Beschl. des 7. Sen. vom 18. März 1909, Entsch. 54, 107. Auch sonst wird der Ausdruck vielfach gebraucht und es darf aus seiner Verwendung nicht ohne weiteres geschlossen werden, daß eine Gesamthand nicht in Frage stehe. Insbesondere gilt das auch von der Beurteilung des Wortlautes kommunaler Steuerordnungen (vgl. preuß. OVG. a. a. O.).

[7] Vgl. die unten S. 31 f. wiedergegebene Entscheidung des preuß. OVG.

[8] Veracius in libello consuetud. princ. Bamberg (ed. 1681, 12). Tit.: communio bonorum qu. 1.

[9] Nachweise bei Duncker, Das Gesamteigentum, Marburg 1843, S. 1 ff.

[10] Vgl. auch Joerges 51, 55 bei Anm. 23.

Und ferner ist sie freilich unsinnig, „denn der Satz — Eigentum mehrerer an dem Ganzen derselben Sache ist undenkbar — gilt nicht nur für römische, sondern auch für deutsche Rechtslogik".[11])

Berechtigung aller aufs Ganze ist begrifflich nur im Obligationenrecht denkbar, wo es sich um ein Verlangen, nicht um ein Haben handelt.

Die Lehre ist auch wohl seit der temperamentvollen Philippika Hasses (1808)[12]) als überwunden zu betrachten — aber vielfach hat man sich veranlaßt gesehen, die Möglichkeit quotenlosen Eigentums zur gesamten Hand deswegen ganz abzulehnen.[13]) Selbst Sohm, Binder und Joerges greifen heute noch auf diese Vorstellung zurück.[14])

Das ist der Grund, weshalb wir uns hier mit ihr beschäftigen mußten.

Das Ergebnis ist also, daß quotenlose Zuständigkeitsbeziehung mehrerer zu einem Vermögensrecht sehr wohl juristisch zu erfassen und vorzustellen ist, und daß das Rechtsprinzip der gesamten Hand bei seiner Erstreckung auf die Rechtszuständigkeit eine solche Konstruktion herbeiführt.

Wenn hier andererseits die Möglichkeit des Vorhandenseins von Quoten der rechtlichen Zuständigkeit innerhalb von gesamthändischen Gemeinschaften historisch nachzuweisen versucht wird, so muß freilich jede Beweisführung aus Nutzungsquoten abgelehnt und ferner betont werden, daß Anwartschaftsrechte auf gewisse bestimmte Anteile bei der Auseinandersetzung nur dann von Bedeutung sind, wenn sich diese Auseinandersetzung als Realisierung eines bestehenden Zuständigkeitsrechtes darstellt, und nicht nur auf Grund obligatorischer oder personenrechtlicher Beziehungen vor sich geht.[15])

Auch sind selbständige dingliche Anwartschaftsrechte mindestens historisch denkbar, die keinen Rückschluß auf Zuständigkeitsanteile bei bestehender Gemeinschaft zulassen.[16])

Daß wirkliche und feste Quoten rechtlicher Zuständigkeit in altdeutschen gesamthändischen Instituten z. B. der Ganerbschaft jedenfalls für die spätere

---

[11]) Dahn, Deutsches Rechtsbuch, Nördlingen 1877, S. 102; vgl. auch l. 5 § 15 D. commod. 13, 6: — duorum quidem in solidum dominium . . . esse non posse.

[12]) Hasse, Beitr. z. Revision der bisherigen Theorie von der ehelichen Gütergemeinschaft nach Deutsch. PrivR., Kiel 1808; vgl. besonders §§ 10—23.

[13]) So Hasse selbst a. a. O. § 25; Eichhorn, Einl. in das Deutsch. PrivR., 5. Aufl., Göttingen 1845, § 168 S. 444; Thudichum, Gesch. des Deutsch. PrivR., Stuttgart 1894, § 45 S. 239; Dahn a. Anm. 11 a. O. S. 102.

[14]) Sohm, Gegenstand 62; Binder, Rechtsst. III S. 27/28; Joerges 51, 54/55.

[15]) Dies betont Heusler, Institutionen I S. 238/39.

[16]) Vgl. Gierke, GenTh. 397 bei Anm. 1 (wiedergegeben unten S. 23 Anm. 21). Wegen Gierkes Wertanteilen vgl. unten S. 24.

Zeit (vierzehntes Jahrhundert) nachweisbar sind,[17]) muß selbst Homeyer zugeben,[18]) der sonst auf dem Standpunkte Stobbes (siehe oben S. 9 Anm. 6) steht, daß Quotenlosigkeit das wesentliche Merkmal der Gesamthand sei.

Er führt u. a. als Beispiel an:

Zwei Männer haben foeda indivisa; der eine weist mit Genehmigung des andern seiner Frau fünfzig Mark an „super partem suam“.[19])

Deutlicher erscheint noch folgende Quellenstelle:[20]) Vortwert sprechen wir Johan Greue van Seyne inde Kvnegunt vnse Eevrowe vur vns inde vur vnse Eruen, dat eyn Dritteyl an der Niederre Burg zu Koueren heren Arnolde van Pittingen, Jutten sine Eevrowen inde eren Eruen wir geuen sulen, inde darinne setzen inde sitzen sulen, ayn alreleye Argelist alse gude Eruen bi eyn billichen sitzen sulen; bit deme Vnderscheyde, dat vnser gheyn sien Deyl Huses noch verkayffen noch versetzen en mach noch en sal an gheyne vremde Hant brengen, of it siene Ganerue an deme seluen Hus wilt geldin vmbe redelichen Penning, so sulen wirs vnsen ganeruen bas gunen dan gheyme vremden Manne.

Deutlich sind hier den einzelnen Ganerbenstämmen feste Quoten der rechtlichen Zuständigkeit überwiesen, die von der Anzahl der Beteiligten unabhängig sind.

Daß im Falle des Todes eines Gemeiners die Deszendenten späterhin „meist“ nur ihrem Vater repräsentierten und ihnen bei einer etwa vorgenommenen endgültigen Auseinandersetzung (Totteilung) nur zusammen ein Anteil zugewiesen wurde, räumt auch Stobbe[21]) ein, ohne daß er aber aus diesen „Fällen einer feineren Art der Berechnung“ die Konsequenzen zieht.[22])

Es wäre nichts als eine bei der Lage der Sache übrigens ganz unmögliche petitio principii, wollte man allen diesen Gemeinschaften plötzlich den Gesamthandscharakter absprechen, weil die Rechtszuständigkeit der unterworfenen Vermögensobjekte sich der unmittelbaren Wirkung des Prinzipes entzogen hat.

---

[17]) Allgem. vgl. Gierke, Deutsch. PrivR. I S. 676 ff.; Heusler, Instit. I S. 238 ff.

[18]) Homeyer, Sachsenspiegel (2) II, 2 S. 462 Nr. 4.

[19]) J. F. Böhmer, Codex Diplomaticus Moenofrankofurtanus. Neubearb. von F. Lau, II. Bd., 1905, S. 461 (1. Aufl. 1836 S. 376).

[20]) Codex Diplomaticus Rheno Mosellanus, Wilhelm Günther, Koblenz 1824, III, 1 Nr. 45 (a. 1310) S. 135 f.

[21]) Stobbe, Zeitschr. f. Rechtsgesch. 4, 2 S. 242 u. Handb. II, 1 § 81, II, 3 S. 68.

[22]) Fernere Beispiele bei Kraut, Deutsch. PrivR., 6. Aufl., § 75, besonders Nr. 16 (portio!) und Köhler, Über die Möglichkeit des Mitgliederwechsels bei der Gesellschaft; Jur. Diss., Berlin 1905, S. 36 ff., besonders S. 45.

§ 9.

cc) Gesamte Hand und Sondervermögen.

Die gesamte Hand hat sich aus den Beziehungen der nebeneinanderstehenden Familienmitglieder entwickelt. Und wenn auch späterhin sogar auf dem Gebiete des Obligationenrechtes einzelne Berechtigungen und Verpflichtungen (speziell Verbürgungen) zur gesamten Hand häufig vorkamen,[1] so waren doch die Hauptfälle und die für unsere Untersuchung wichtigen immer die, in denen es sich um einen Vermögensinbegriff handelte.[2])

Zunächst freilich war es meist eine Hauptsache mit ihrem Zubehör,[3]) ein Grundstück, ein Schiff bei der Reederei — aber immerhin stellte sich doch auch das Grundvermögen und das Schiffsvermögen bald als ein Inbegriff einer Anzahl verschiedener Einzelrechte und -sachen dar und bei dem ehelichen Samtgut insbesondere war das der Fall, so daß heute von manchen Seiten dieses Naturale geradezu für ein Essentiale der Gesamthand gehalten wird.[4])

Nun betont Gierke, daß infolge des eigentümlichen deutschen Sachbegriffs die Gemeinschaftssphäre „in sich selbst von der objektiven Seite her als ein bis zu einem gewissen Grade geschlossenes und mit rechtlicher Besonderheit begabtes Ganzes gesetzt werden kann," und „daß man diese objektive Einheit auch heranziehen müsse, um das einheitliche Moment in der gesamten Hand zu erklären."[5]) Das sei bei einzelnen gesamthändischen Instituten besonders notwendig, z. B. der offenen Handelsgesellschaft.

Aber daneben weist er stets darauf hin, „daß die personenrechtliche Verbundenheit nirgends fehlt und auch da, wo sie nur als sekundäres und dienendes Stück in einer Vermögensgemeinschaft erscheint, den konstruktiven Mittelpunkt des Rechtsverhältnisses bildet".[6]) Er wendet sich mit Lebhaftigkeit „gegen den in der Praxis mitunter bemerkbaren Irrtum, als sei die Personeneinheit der Gesellschafter lediglich Ausfluß und Wirkung der Einheit des Gesellschaftsvermögens".[7])

Besonders eingehend verteidigt er das für die Reederei.[8])

---

[1]) Über deren Bedeutung übrigens keine Einigkeit herrscht. Vgl. Heusler Institutionen II S. 258 und Stobbe, Handb. (1) III § 176 S. 167 ff., S. 175.

[2]) Vgl. die Aufzählung bei Gierke, Deutsch. PrivR. I S. 670 ff.

[3]) Gierke, GenTh. 363 ff.

[4]) Besonders Sohm und Lux sind hier zu nennen. Vgl. darüber oben S. 9 Anm. 8 und unten S. 45 f.

[5]) Gierke, GenR. II § 36 S. 930 bei Anm. 7.

[6]) Deutsch. PrivR. I § 80 V, 2 Anm. 57 S. 675.

[7]) Gierke, GenTh. 467.

[8]) Gierke, Deutsch. PrivR. I § 80, III Anm. 14 S. 666: „Schiffsfreunde". Dies gilt dort auch trotz der Fungibilität der Personen, GenTh. 347 Anm. 1. Vgl. ferner daselbst S. 359 bei Anm. 3.

Daß in diesen Fällen der Gesamthand ein Sondervermögen vorliegt, d. h. eine von dem sonstigen Vermögen der Gesellschafter sich abhebende Masse, die in einer anderen Rechtslage als dies übrige Vermögen sich befindet, das ist in der Natur der Sache begründet. Man mag auch anerkennen, daß „trotz dieser Herkunft aus der Verbundenheit der Subjekte diese objektive Einheit des G. V. ihre selbständige rechtliche Bedeutung" habe; daß aus dieser Sondervermögenseigenschaft „neue selbständige Folgesätze sich entwickeln", (— die aber im letzten Grunde doch immer wieder nur aus der das Sondervermögen schaffenden personalen Gemeinschaft ihre Kraft schöpfen können).[9]

Eines aber ist hervorzuheben: Wichtig ist für die Frage der Gesamthand nur die Widmung eines Vermögens zu Sonderzwecken — nicht, ob man dieses Vermögen als formal selbständiges Rechtsobjekt, als einen Einzelgegenstand behandelt, oder als eine Summe von Gegenständen. Diese Frage hat mit der Frage nach dem Charakter gesamthändischer Mitberechtigung nicht das Mindeste zu tun.[10]

Wenn Nagler, Joerges, Sohm und Binder[11] als Essentiale der Gierkeschen Anschauung über das Gesellschaftsvermögen anführen, daß nur auf das Ganze jede Mitberechtigung sich erstrecke, so ist das eine Folge der Gierkeschen Inbegriffstheorie — nicht eine Folge der Gierkeschen Gesamthandstheorie. Das geht unzweifelhaft aus seinen Darstellungen der gesamthändischen Gemeinschaft hervor, insbesondere sind wichtig die Seiten 362 ff. der Genossenschaftstheorie und die Seiten 669 und vor allem 675/76 des ersten Bandes des Deutschen Privatrechts.[12] Und betrachtet man z. B. die Judikatur des Reichsoberhandelsgerichts, der Gierke in erster Linie das Verdienst zuschreibt,[13] den Gedanken der „objektiven Einheit des Gesellschaftsvermögens zu unbestrittener Herrschaft erhoben zu haben", so wird sofort klar, daß die Annahme dieses Gierkeschen Begriffs eines objektiv wirksamen Sondervermögens durchaus nicht den anderen Gierkeschen Gedanken der formalen Absorption der einzelnen Bestandteile zu einem

---

[9]) Gierke, GenTh. 461.

[10]) Vgl. auch Binder, Rechtsst. III S. 20, 21.

[11]) Nagler 706 ff. — richtig übrigens 720; Joerges 49 S. 174, 175 bei Anm. 124; Sohm, Gegenstand S. 69, 70; Binder a. a. O. S. 12.

[12]) Gierke selbst trennt die beiden Momente schon scharf genug (vgl. die im Text zitierten Stellen) und Binders Vorwurf (a. a. O. S. 12) wäre vielleicht mehr gegen die Darsteller seiner Theorie zu richten. Übrigens hält gerade Binder die beiden Fragen bei der Beurteilung der aufgestellten Gesamthandstheorien gar nicht auseinander. So z. B. S. 12, 15, insbesondere S. 21 Anm. 36 a. a. O.

[13]) Gierke, GenTh. S. 448 Anm. 1.

einheitlichen Rechtsobjekt in sich schließt. Unmittelbar beweisend ist hierfür das im zwölften Bande der Entscheidungen auf S. 261 abgedruckte Erkenntnis des 2. Senats vom 4. Februar 1874, in dem es heißt:

„. . . das Vermögen wird in verschiedenen Beziehungen als . . . abgesonderte Vermögensmasse behandelt. (In anderen Entscheidungen als „juristisches Ganze“ bezeichnet, z. B. Bd. 9 S. 17, 18.) Insbesondere sollen . . . die Privatgläubiger eines Gesellschafters an den einzelnen Vermögensstücken der Sozietät (Sachen, Forderungen, Rechte), wenngleich jedem Gesellschafter ein ideeller Anteil daran zusteht, nicht Rechte erlangen, die . . .“.

So lehnt auch Joerges, der den Begriff des Sondervermögens für seine Konstruktion der Gesellschaft sehr stark verwertet, den Gedanken formaler Rechtsobjektivität ebenso ab, wie Sohm, für dessen Gesamthandslehre gleichfalls das Vorhandensein eines Vermögensinbegriffs wesentlich ist.[14])

Die Frage nach der Gesamthand ist zunächst lediglich eine Frage nach dem Rechtssubjekt, und die Erörterung einer eventuellen Rückwirkung aus der Sachsondersphäre auf das Rechtssubjekt ist unabhängig von der Erwägung formaler Zusammenfassung oder Vereinzelung dieser jedenfalls gesonderten Sachsphäre.

Auch unter Berücksichtigung der Sondervermögenstheorie können wir deshalb sagen, daß keine Auffassung der gesamthändischen Mitberechtigung der Frage präjudiziert, ob das Recht der Gesamthänder das Vermögen als selbständiges Objekt, oder ob es seine einzelnen Bestandteile ergreift.[15]) Die Meinung der verschiedenen Autoren über diesen Punkt kommt naturgemäß auch bei der Besprechung der rechtlichen Natur der gesamthändischen Beziehung zum Ausdruck und insbesondere wird die Frage, ob Anteile für die einzelnen Gesellschafter zu unterscheiden sind oder nicht, je nach der Stellungnahme zu der Inbegriffsfrage für das Vermögen als Ganzes oder für seine einzelnen Teile behandelt.

Die beiden Punkte auf das schärfste zu scheiden ist aber gerade darum für eine unabhängige Untersuchung der rechtlichen Natur des GV. unerläßlich und das ist deshalb bei dieser Darstellung — schon in der Anlage — nach Möglichkeit angestrebt worden.

[14]) Joerges 49 S. 183, 191,92; Sohm, Gegenstand S. 69, 70 in Verbindung mit 40.

[15]) Joerges, der sachlich vollkommen auf einem Gesamthandstandpunkt steht, kommt wesentlich wegen eines Mißverständnisses in dieser Frage formell zu einer entschiedenen Ablehnung der ganzen Lehre (49, 172 ff.). Siehe unten S. 35. Bedenklich ist auch die Darstellung von Lux 50. Siehe unten S. 45 f. Anmm.

c) Die aufgestellten Konstruktionen.

§ 10.

aa) Ihr Gemeinsames.

In den vorhergehenden Paragraphen ist versucht worden, das Rechtsprinzip der gesamten Hand in seinen Grundlagen und in einigen für unsere Untersuchung wichtigen Einzelzügen anschaulich zu machen. Wir wenden uns nunmehr zu den Konstruktionen der Gesellschaft, die auf diesem Grunde erwachsen sind.

Gemeinsames Gut der beiden hier nebeneinander stehenden Theorien ist die Anschauung, daß durch Abschluß des Gesellschaftsvertrages nicht bloß gegenseitige Forderungsrechte der Gesellschafter, actiones pro socio, zur Entstehung gelangen, sondern daß dieser Vertrag einen personenrechtlichen Akt in sich schließt, durch den die Persönlichkeit der Gesellschafter ergriffen und von einem festen Bande umschlossen wird, das dem der Erbengemeinschaft und ehelichen Gütergemeinschaft nahe verwandt ist.

Sie werden Mitglieder der Gesellschaft.

Nur kraft dieses personenrechtlichen Bandes sind sie Träger der auf Grund des Gesellschaftsverhältnisses gemeinschaftlich werdenden Rechtssphäre (des GV.), und zwar lediglich in der durch den besonderen Charakter gerade dieser personalen Verbundenheit bestimmten Weise.[1]

In der verschiedenen Beurteilung nun dieser besonderen Art, in der das personale Band bei der Gesellschaft gestaltet sei, unterscheiden sich die Theorien der ungeteilten und der geteilten Mitberechtigung.

§ 11.

bb) Die Theorie der ungeteilten Mitberechtigung und ihre Vertreter.

Die Vertreter der Theorie ungeteilter Mitberechtigung[1]) nehmen eine reinere Wirkung des Gesamthandprinzipes dahin an, daß auch die Art der rechtlichen Zuständigkeit des gemeinschaftlichen Vermögens von ihm ergriffen werde, sodaß für den einzelnen Gesellschafter Quoten von irgendwelcher Größe nicht unterschieden werden. Die Anteile der einzelnen, von denen das Gesetz spricht und von denen auch sie selber sprechen, sind die

[1]) Hierüber vgl. Gierke, GenTh. S. 343, 344.

[1]) Die Theorie der u. M. war herrschende Meinung für die Gesellschaft der §§ 169 ff. Allg. LR. I, 17; so sagt Dernburg, Preuß. PrivR. II § 214, I S. 639: „Es findet sich keine Teilung unter den Genossen, auch nicht nach ideellen Teilen. Das ganze gesellschaftliche Gut ist vielmehr ungeteilt gemeinsam." Ähnlich Förster-Eccius, Preuß. PrivR. (6) IV § 281 S. 656. A. M. offenbar Fischer, Preuß. PrivR. § 83 S. 462. Vgl. übrigens unten Anm. 1 S. 45.

Bezeichnung der ungeteilten gesamthändischen Mitträgerschaft, die jedem Gesellschafter zusteht.

An erster Stelle sind füglich zu erwähnen diejenigen — in den Protokollen ungenannten — Mitglieder der zweiten Kommission, die die Theorie der U. M. vertraten.

Die Begründung ihrer im übrigen klar formulierten Anschauung suchen sie in den Vorgängen der Auseinandersetzung, bei der die Verteilung in ganz unvorherzusehender Weise erfolge.[2])

Weiter ist Behrend zu nennen. Er bekennt sich ausdrücklich zur Gesamthandstheorie und nimmt für die Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen ein „der Gesamthand des älteren deutschen Rechts nahestehendes Gesamtrecht" an, das von der gewöhnlichen (römischen) Mitberechtigung wohl zu scheiden sei und innerhalb dessen eine Quotenteilung nicht hervortrete.[3])

Crome, kommt in seiner Darstellung[4]) des Gesellschaftsvertrages der Sozietätstheorie im Sinne Binders[5]) scheinbar ganz außerordentlich nahe. Aus seinen allgemeinen Ausführungen über die gesamte Hand und den Verweisungen darauf[6]) ergibt sich aber, daß er die dingliche Beschränkung der Verfügungsmacht über die Anteile ebenfalls auf personenrechtliche Grundlagen zurückführt. Der „Anteil stellt keine bestimmte Wertziffer dar", („rechnerisch" läßt sich die Mitberechtigung nicht in Anteile zerlegen) und so ist auch bei der Liquidation eine „Umsetzung des Gesamthänderverhältnisses in reale Teile" erforderlich.

Engelmann schildert im Hinblick auf die gesamthändischen Institute des BGB. die deutschrechtliche Gesamthand dahin, „daß der dem einzelnen gebührende Anteil kein Bruchteil sei und sich nicht durch Ziffern bestimmen lasse". „Gesamteigentum sei ohne fest bestimmte Quoten".[7])

Auch bei F. Endemann kommt die personenrechtliche Natur des Gesellschaftsvertrages zum Ausdruck.[8]) „Während des Bestehens der Gesellschaft gibt es weder obligatorische noch dingliche Anteilsrechte am Ganzen oder den einzelnen Gegenständen, sondern nur Gesellschaftsrechte."

[2]) Metallogr. Prot. S. 2438 (Guttentag II S. 430).

[3]) Behrend, Lehrb. d. HR. I § 62, II S. 446; § 66 II, 1 S. 470 und Anzeige von Gierkes GenTh. in ZHR. 34, 281 ff.

[4]) Crome, System II, 2 § 280 Nr. 2 S. 764 und Anm. 13 S. 765; Nr. 3 S. 767; § 284, 1 S. 796.

[5]) Siehe oben S. 5 f., unten S. 39 ff.

[6]) Crome a. a. O. Bd. II, 2 S. 765 bei Anm. 9 und Bd. I § 29, 5 a. E. S. 165/66.

[7]) Engelmann, Lehrb. S. 377, 541.

[8]) F. Endemann, Lehrb. (9) I § 180, insbesondere Anm. 15 S. 1131.

Eine primäre und unmittelbare sachenrechtliche Beziehung der Gesellschafter zum Vermögen muß aber vorhanden sein und das ganze Verhältnis darf sich nicht in „Gesellschaftsrechten“ erschöpfen, wenn man nicht zur Annahme einer juristischen Person gedrängt werden soll. Endemann betont deshalb ausdrücklich, „daß das Gesamtgut unmittelbar mit dem Rechtskreis jedes einzelnen Genossen verbunden werde“ und in ungeteiltem Eigentum der . . . Gesamthänder stehe“.[9])

Enneccerus drückt die Theorie der U. M. dahin aus: „Jeder Gesellschafter hat nicht . . . ein selbständiges von dem Recht der übrigen unabhängiges Teilrecht, vielmehr steht das Vermögen und jedes dazu gehörige einzelne Recht allen gemeinsam zu.“ „Der Wille, dem das Vermögen und jeder einzelne Gegenstand unterworfen ist, ist der geeinte Wille aller Gesellschafter. Mit dem „Anteil“ ist nur diese Beteiligung an der Gesamtherrschaft gemeint.“[10])

Gierke gilt allgemein als der hervorragendste Vertreter der Theorie der U. M. Nagler, der die Bezeichnung geschaffen hat, führt ihn als solchen auf, und es schien auch natürlich, daß der eigentliche Schöpfer der modernen Gesamthandstheorie die U. M. als sozusagen orthodoxe Lehre vertrete.

Wie wenig orthodox in diesem Sinne Gierke bei der Anwendung seiner deutschrechtlichen Gemeinschaftstheorien ist, hat sich oben schon gezeigt, wo hervortrat, daß gerade er die Fügsamkeit und Veränderlichkeit des Gesamthandprinzipes überall hervorgehoben und nachgewiesen hat. Tatsächlich ist gar nicht so ohne weiteres zu sagen, welcher Theorie Gierke für die bürgerliche Gesellschaft und die offene Handelsgesellschaft des geltenden Reichsrechts zuzurechnen ist.

Er selbst betont überall — ganz im Gegensatz zu der communis opinio — „daß er Anteile nie geleugnet habe, daß sie überall vorhanden sein müßten und daß Staub Unrecht tue, ihre Existenz zu bestreiten“.[11])

Und wenn auch solche allgemeinen Äußerungen für seine Anschauung über die Frage nach Zuständigkeitsquoten nichts besagen, worauf gleich näher einzugehen sein wird, so sind doch z. B. in dem am 15. Dezember 1900 in der Juristischen Gesellschaft zu Berlin gehaltenen Vortrag über Handelsgesellschaft und Bürgerliches Recht[12]) neben einem für Gierkes Stellungnahme zugunsten der Theorie der U. M. entscheidenden Satz,[13]) eine

[9]) Endemann a. a. O. § 180 vor Anm. 13 und vor Anm. 15 S. 1130/31.

[10]) Enneccerus, Lehrb. (3) I § 399 S. 1015; vgl. auch §§ 312 und 396 Anm. 2 S. 793 und 1004.

[11]) Gierke, GenTh. 497 Anm. 2; ArchBürgR. 19, 124.

[12]) Arch. a. a. O. S. 114 ff.

[13]) Siehe unten S. 23 bei Anm. 20.

Anzahl von Wendungen enthalten, die vollkommen mit den der Theorie der G. M. zugrunde liegenden Gedanken übereinstimmen,[14]) und die sich nicht oder nur sehr schwer mit anderer Auffassung vereinigen lassen. Die Prüfung von Gierkes letzter, 1905 erschienenen ausführlichen Darstellung im zweiten Bande des deutschen Privatrechts führt aber doch zweifelsfrei zu dem Ergebnis, daß die herrschende Meinung ihn mit Recht zu den Vertretern der U. M. zählen kann.

Die Schwierigkeiten haben ihren Grund darin, daß für Gierke — oder vielmehr für die ihm eigentümliche Art der Darstellung, unser Problem:

> wird die Rechtszuständigkeit des Gesellschaftsvermögens von einer geteilten oder einer ungeteilten Mitberechtigung der Gesellschafter getragen?

wohl materiell vorhanden und von ihm entschieden ist,[15]) aber nicht überall in den Formen, in denen wir es kennen und aufsuchen.

Das hat folgende Ursache:

In demselben zweiten Bande des deutschen Privatrechts betont Gierke selbst, daß das BGB. mit der sachenrechtlichen Gestaltungsfreiheit des deutschen Rechtes grundsätzlich gebrochen hat, sodaß z. B. das Eigentum „ein elastisches — abstraktes, von der Summe der in ihm enthaltenen Befugnisse verschiedenes und daher überall gleiches Recht darstellt".[16])

Es ist aber nicht zu verkennen, daß in der Darstellung der Verhältnisse des Gesellschaftsvermögens auch noch in diesem Werke ein starker Einfluß des deutschrechtlichen Eigentumsbegriffes vorhanden ist.

„Das deutsche Recht kennt" — so läßt sich Gierkes Darstellung in Bd. II des deutschen Genossenschaftsrechts (§ 5 II, 2 S. 61 62) zusammenfassen — „nicht ein die ganze Sache absorbierendes Totalrecht, sondern es wird stets statt der einen Sache selbst die Summe ihrer zur Willensbeherrschung geeigneten Eigenschaften beherrscht und zwar können diese Eigenschaften ebensogut auch einzeln zustehen. Das sind die Splitter der Sachsphäre."

Solche Splitter als da sind Besitz-, Gebrauchs-, Verwaltungs-, Nutzungs-[17]) und andere Befugnisse werden nun aber auch heute noch von Gierke fast überall als etwas dem Zuständigkeitsrecht Koordiniertes be-

[14]) Vgl. unten S. 24/25 Anm. 24; ferner insbes. ArchBürgR. a. Anm. 11 a. O. S. 125, Schluß des ersten Absatzes: „Die Anteile an den einzelnen Gegenständen schlummern nur und werden nach Wegfall der gesamten Hand als Bruchteilsrechte wirksam."

[15]) Und zwar im Gegensatz zu vielen andern Schriftstellern nicht nur latent, sondern vollkommen bewußt, als besondere Frage für sich.

[16]) Gierke, Deutsch. PrivR. II S. 361 ff.; 365.

[17]) Vgl. z. B. für den Zinsanspruch aus § 121 HGB. GenTh. S. 502.

handelt. Es werden „Anteile" beschrieben, die sich aus ihnen zusammensetzen, oder die sich z. B. lediglich auf den Wert eines Gegenstandes oder Vermögens richten, und der sonst übliche Gebrauch des Wortes „Anteil" verführt dabei zu der Vorstellung, es stehe das Recht selbst, das nackte, römisch-moderne, eindeutige Zuständigkeitsrecht in Frage.

Bei dem überragenden Einfluß gerade auch von Gierkes Terminologie sei es gestattet, auf seine Darstellung näher einzugehen, wobei es einer speziellen Beachtung der eben erörterten Besonderheit bedarf.

Im zweiten Bande des Deutschen Privatrechts heißt es:[18]) „Das Miteigentum der §§ 1008ff. ist eine Gemeinschaft zur gesamten Hand. Allein eine Eigentums-" [d. i. allgemein gefaßt Zuständigkeits-] „gemeinschaft zur gesamten Hand ist sie nicht. Vielmehr bleibt sie eine bloße Verwaltungsgemeinschaft, die an der Zuständigkeit des Eigentums nichts ändert... Dagegen liegt eine Eigentumsgemeinschaft zur gesamten Hand vor, sobald der ungesonderte Gesamtbereich sich auf die Zuständigkeit des Eigentums selbst erstreckt. Dies ist nach dem BGB.... der Fall..., bei der Gesellschaft in Ansehung des Gesellschaftsvermögens... Dazu tritt die bei der offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft bestehende Gemeinschaft in Ansehung des Handelsgesellschaftsvermögens, für die das neue HGB.... ein Mehr von gesamter Hand durch seine Sondervorschriften gesichert hat...

Hier überall sind die Gemeiner in ihrer Verbundenheit zur Personeneinheit das Subjekt einer ungeteilten Sachherrschaft, die regelmäßig ein Sondervermögen als Ganzes, mit ihm aber zugleich alle ihm jeweilig zugehörenden Vermögensgegenstände ergreift. Somit besteht hier eine gemeinschaftliche Sachherrschaft zu gesamter Hand. Sie erscheint insoweit, als sie sich auf ein Vermögensganzes richtet, als eine gesamthändige Vermögensherrschaft, die im Sinne des deutschen Rechts als gesamthändiges Eigentum an einer unkörperlichen Gesamtsache vorgestellt werden kann. An den ihr unterworfenen körperlichen Einzelsachen stellt sie sich als gesamthändiges Eigentum im technischen Sinne, an den einzelnen unkörperlichen Gegenständen als ein entsprechendes gesamthändiges Vollrecht dar.

Den Gemeinern stehen auch hier Anteile zu, die ein dem Gesamtrecht gegenüber selbständiges Sonderrecht von sachenrechtlichem[19]) Gehalt gewähren. Sie ergreifen, wenn den Gegenstand der Gemeinschaft ein Sondervermögen bildet, zunächst das Vermögen als Ganzes, mittelbar jedoch zugleich alle ihm jeweilig angehörenden einzelnen Gegenstände. Allein

[18]) S. 385 ff.

[19]) Dies ist bei Gierkes Wertanteil nicht mehr der Fall. Siehe unten S. 24 f., besonders Anm. 24 S. 24/25.

in keinem Falle zerlegen sie die Sachherrschaft der Zuständigkeit nach in gesonderte Einzelbereiche. Ihrem Umfange nach können sie vorläufig unbestimmt oder quotenmäßig nach festen oder wechselnden Bruchteilen bestimmt sein. Immer jedoch sind sie innig verwoben mit der Mitträgerschaft des ungeteilten Gesamtrechts, das ihren Gegenstand in einheitlicher Weise der Gesamtheit der Teilhaber zu eigen macht.

Ihrem Inhalte nach gewähren sie hinsichtlich der Substanz des gemeinschaftlichen Gegenstandes stets nur eine Anwartschaft, indem sie für den Fall der Lösung des Bandes entweder als Realanteile einen Naturalteil, oder als Wertanteile eine Geldabfindung in Aussicht stellen.

Anm. 67. Bei der Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts geht mangels anderer Abrede der Anspruch im Falle der Auflösung grundsätzlich auf einen Naturalteil (BGB. § 731 mit 752), dagegen im Falle des Ausscheidens auf Wertabfindung in Geld (§ 738).

Häufig erschöpfen sie sich in dem anwartschaftlichen Anspruch und sind somit während des Bestehens der Gemeinschaft stillgestellt.

Aber auch wenn sie außerdem einen sonderrechtlichen Anspruch auf eine entsprechende Beteiligung an den Nutzungen oder an der Verwaltung gewähren und somit schon während des Bestehens der Gemeinschaft wirksam sind, nehmen sie doch immer nur einen Teilinhalt der Sachherrschaft in sich auf. Ihrer Zuständigkeit nach sind sie nicht freie, sondern gebundene Vermögensrechte ....

Somit deckt sich der sachenrechtliche Gehalt der Anteile niemals mit dem Eigentum. Was in Ansehung des gemeinschaftlichen Vermögens als eines Ganzen in gesonderte Einzelbereiche zerlegt ist, das ist niemals die Vermögensherrschaft als Vollrecht ....

Vielmehr bleibt, was immer an Sachherrschaft zu Sonderrecht aufgeteilt sein mag, die oberste Sachherrschaft in dem ungeteilten Gesamtrecht beschlossen, dessen einheitliches Subjekt die Teilhaber in ihrer personenrechtlichen Verbundenheit sind. Den Gemeinern zu gesamter Hand steht das Gemeinschaftsvermögen im ganzen und jedes darin enthaltene Eigentum oder sonstiges Recht vorbehaltlich der zu Sonderrecht abgegrenzten Befugnisse zu."

Das Anklingen an den deutschen Eigentumsbegriff wird deutlich geworden sein — es sind die im Anteil zusammengefaßten einzelnen gesellschaftlichen Befugnisse der Gesellschafter für Gierke Sachsplitter im alten Sinne, während nach geltendem Recht, das bloß ein Eigentum und einen numerus clausus begrenzter dinglicher Rechte kennt, es sich überall nur um actiones pro socio handeln kann.

Jedenfalls aber — und darauf kommt es hier nur an —, ist der Ausdruck „Anteil" nicht der der üblichen Terminologie, die einen Anteil an Zuständigkeitsrecht darunter begreift.

Denn andererseits ergibt sich aus den oben gesperrten Sätzen ohne Zweifel, daß für Gierke „die oberste Sachherrschaft", die „Vermögensherrschaft als Vollrecht", das ist eben schlechthin die Rechtszuständigkeit, der ungeteilten Gesamtsphäre zugewiesen und quotenlos gedacht ist.

„Bei beiden Gesellschaftsformen (BGB.- und offene Handelsgesellschaft) entscheidet das Rechtsprinzip der Gesamthand über die Zuständigkeit allen Gemeinschaftsrechts."[20])

Wie Gierke sonst über die Sonderrechte der einzelnen denkt, kann deshalb für unsere Frage des Zuständigkeitsrechts gleichgültig bleiben. In ihr steht er auf dem Boden der U. M.

Auch seine Anschauung über die „Anwartschaftsrechte, die an der Substanz bestehen" sollen, ändert deshalb an dem Ergebnis nichts. Offenbar wird ein Sachsplitter, d. h. ein besonderes „Anrecht" angenommen, über dessen Natur hier aber nicht zu streiten ist — denn in keinem Falle konstruiert Gierke so, daß durch die Liquidation automatisch die quotale Anwartschaft als beschränktes nunmehr zum unbeschränkten Vollrecht sich auswachse.

Es bedarf überall der Umsetzung des Gesamtrechts in Sonderrecht wie unter Fremden, um die Anwartschaftsrechte Gierkes zu realisieren.[21])

---

[20]) Gierke, ArchBürgR. 19, 119.

[21]) Das hat Gierke für die offene Handelsgesellschaft ausdrücklich ausgesprochen auf S. 517 der GenTh.: „Wird die Gesellschaft teilweise aufgelöst, so enthält der Wertanteil des ausgeschiedenen Gesellschafters oder seines Rechtsnachfolgers keinen Anspruch auf irgendeinen Sachkörper; insoweit aber ein solcher Anspruch vertragsmäßig begründet ist, oder durch nunmehrige Zuweisung von Sachen zu dem ausgelösten Anteile erfolgt, vollzieht sich der Eigentumsübergang ganz wie unter Fremden. Ebenso verhält es sich nach der völligen Auflösung der Gesellschaft, sodaß mit ihr keineswegs ohne weiteres Miteigentum zu ideellen Teilen entsteht . . ."

Aber auch für die Gesellschaft des BGB. ergibt es sich schon aus der allgemeinen Bemerkung Gierkes, Genossenschaftstheorie S. 397 zu Anm. 1: „Sonderrechte betreffend Teilungsmodalitäten brauchen keineswegs Sonderrechten an der Substanz existente societate zu entsprechen und können ihnen überall da nicht entsprechen, wo für verschiedene Eventualitäten ungleiche Teilungsgrundsätze gelten" (ähnlich S. 345 Anm. 1). Letzteres ist aber bei der BGB.-Gesellschaft so der Fall (vgl. oben S. 18 vor Anm. 2). Freilich könnte es sich noch fragen, was Gierke unter verschiedenen Eventualitäten in diesem Zusammenhange versteht. Da Anteile aber nach seiner Meinung keinesfalls zu entsprechen brauchen, so ist mit Rücksicht auf die Feststellung im Arch. 19, 119 (s. eben Text bei Anm. 20) und die Hauptstelle Deutsch. PrivR. I S. 677 (s. oben S. 10 bei Anm. 1) auf Gierkes Meinung jedenfalls dahin zu schließen, daß Quotenrechte auch bei der BGB.-Gesellschaft von ihm nicht angenommen werden. Vgl. auch die oben

Ebensowenig widerspricht Gierkes Lehre von den Wertquoten.

Er gibt nämlich den offenen Handelsgesellschaftern Anteile an der Werteinheit, „als welche sich die objektive Vermögenseinheit völlig von den vorhandenen körperlichen Sachen ablöst".[22])

Solche Wertquote ist aber ein m. E. in sich unmöglicher Begriff, so lange man noch irgendeine sachenrechtliche Farbe damit verbinden will.

Wert ist ein Urteil über etwas — ist selbst nichts, was Gegenstand eines Rechtes sein könnte. Der Wert kann nur den Maßstab abgeben für die Bemessung eines Rechtes an einem sachlichen Substrat, an der Person oder Sache, die sich als Objekt des in dem „Wert" liegenden Urteils darstellt. Recht oder Anteilsrecht an dem Wert des Vermögens kann deshalb nur Recht (irgendwelcher Art) an dem Vermögen gemäß seinem Werte sein.

Ohne weiteres ist deutlich, daß beispielsweise Eigentümer des Wertes einer Sache entweder den Eigentümer der Sache oder den Gläubiger einer Forderung auf die Sache bezeichnen kann, oder — juristisch[23]) — gar nichts.

Es soll durch die Formulierung offenbar die Gleichartigkeit und Fungibilität der Anteile unter sich in äußerst gesteigerter Weise zum Bewußtsein gebracht werden — aber es muß der Ausdruck ein Bild bleiben.

In einer übertragenen Bedeutung wird freilich auch eine Sache „Wert" genannt, nämlich eine bestimmte Summe Geldes, des Wertmessers selbst, die so groß wie der Wert der zu messenden Sache bestimmt ist. Ein Recht an dieser Geldsumme könnte man füglich Wertanteil nennen. Eine solche Geldsumme gibt es existente societate natürlich nicht, sondern es gibt nur das reale Gesellschaftsvermögen.

Da Gierke aber seine Wertanteile während des Bestehens der Gesellschaft als vorhanden annimmt, und ihre Eigenschaft als wahre Zuständigkeitsrechte ausdrücklich leugnet,[24]) so müssen sie notwendig die Natur von

S. 22 zit. Anm. 67 „bei der Auflösung der BGB.-Gesellschaft geht der Anspruch (!) grundsätzlich auf einen Naturalteil."

[22]) Deutsch. PrivR. II S. 63 Anm. 67. Die gleiche Lehre überall an den einschlägigen Stellen der neueren Werke.

[23]) Vgl. die Anmerkungen auf der folgenden Seite; besonders Anm. 27.

[24]) Das ergibt schon das Gesagte zweifelsfrei. GenTh. S. 366 67 heißt es ferner ganz allgemein: „. . . falls die Vermögenseinheit vollkommen abstrakt genommen und demgemäß in den Wertbegriff verlegt wird — kann mit ungesonderter Gemeinschaft aller Substanzrechte die Ausgestaltung gesonderter Wertanteile verbunden werden." Vgl. ferner GenTh. S. 495/96.

Übrigens ist die Annahme, es handele sich bei Gierkes Wertanteilen doch um Rechte an der Substanz, schon deshalb ausgeschlossen, weil sie bei überschuldetem Vermögen sich in gesellschaftliche Schuldanteile (Passivsalden) umwandeln sollen (S. 499 Anm. 2 daselbst).

Forderungsrechten haben, und „auf die actio pro socio zusammenschrumpfen"[25]) oder vielmehr: sie sind selbst überhaupt nichts real Existierendes, sondern lediglich eine Rechnungsgröße,[26]) nach der gewisse wahre Forderungen und wahre Verbindlichkeiten sich richten.[27])

Für unsere Frage stehen sie deshalb außer Betracht, und es bleibt also auch unter Berücksichtigung von Gierkes Lehre von den Wertanteilen bei der Feststellung, daß er der Theorie der U. M. zugerechnet werden muß.[28])

Ausdrücke wie „die Kapitalanteile (ausdrücklich gleich Wertanteile gesetzt) sind eben die jeweiligen Anteile am GV., das sie ja auch vollkommen erschöpfen" (ArchBürgR. 19, 124) — dürfen deshalb nicht auf das Zuständigkeitsrecht bezogen werden. Aus dem Zusammenhange von Gierkes übrigen Darstellungen gerissen, müssen sie allerdings den Eindruck machen, als gehe er von der Anschauung einer geteilten Mitberechtigung aus (vgl. oben S. 20 Anm. 14).

[25]) Nagler 709 Anm. 39.

[26]) Vgl. RG. 6. Zivilsen. vom 12. Juni 1893, Entsch. 31, 143: „Während des Bestehens der Gesellschaft werden die Anteile . . . unter den Gesellschaftern im wesentlichen überhaupt nur buchmäßig festgestellt."

[27]) Bezeichnend ist, daß Joerges (Bd. 51 S. 53) Gierkes Anschauungen dahin beschreibt: „daß eine Quotenteilung im Sinne von Bruchteilen des Rechtes nicht existiert. Soweit Anteile angenommen werden, bezeichnen sie nur die wirtschaftliche Beteiligung am GV." Sein Eindruck ist also von vornherein der gewesen, daß Gierkes Sachsplitteranteile einen juristischen Inhalt überhaupt nicht haben oder haben sollen.

[28]) Als weitere Vertreter der U. M. sind u. a. zu nennen: Burchardt, Über die Feststellung im Konk. der off. Handelsges., Leipzig 1900, S. 60 ff.; Ebert bei Fischer-Henle Anm. 3 zu § 718; Knoke, Gesellschaft 93, 94, insbesondere aber im ArchBürgR. 20, 178; Kuhlenbeck, Vorbem. zu § 705; Anm. 1 zu § 718. Makower unterscheidet ausdrücklich zwar nur bei der BGB.-Gesellschaft „Anteile sachenrechtlicher Art, die aber nicht in bestimmten Bruchteilen anzugeben sind" und scheint zunächst die Mitglieder einer offenen Handelsgesellschaft überhaupt auf Forderungsrechte zu beschränken (Bem. g, 1 u. 2 zu § 105 S. 184 ff.). Bei seiner ausdrücklichen Ablehnung der juristischen Personentheorie auch für die offene Handelsgesellschaft (S. 179) darf aber unterstellt werden, daß er auch hier eine dingliche Beziehung zwischen Gesellschaftern und Gesellschaftsvermögen herstellt. O. Müller, Die Haftung der Gesellschafter nach dem BGB., Jur. Diss., Leipzig 1903, S. 31; Neudegger, ArchBürgR. 34, 44/45; Oberneck § 66 ff. S. 457; Planck, Vorbem. vor § 705 II, 3 S. 727; Predari § 48, 2 S. 618; Kommentar der Reichsgerichtsräte Anm. 1 zu § 719: „Der Anteil am GV. ist eine aus der Mitgliedschaft entspringende, rechnerisch nicht bestimmte Mitberechtigung"; Staub Anm. 27 zu § 105: „Der einzelne hat keine bestimmte oder bestimmbare Quote weder am GV. noch an den einzelnen Gegenständen desselben — immerhin aber einen dinglichen Anteil"; Staudinger, Erl. vor § 705 Nr. II, Anm. III, 1 zu § 1008 und insbesondere Bem. II, 3 zu § 718; von Thur, Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Rechts § 3, III S. 80 (die „Anteile" auf S. 79 bei Anm. 6 sind keine Anteile am Zuständigkeitsrecht!).

Die Rechtsprechung steht ziemlich einhellig auf dem Standpunkte der U. M. Wenn auch eine ausdrückliche Stellungnahme vermieden wird, so ist doch nirgends die Bezugnahme auf eine quotenmäßige Beanteiligung der Gesellschafter nachzuweisen, vielmehr wird überall von einer einheitlich gemeinschaftlichen Beteiligung ausgegangen.

Die Stellung des Reichsgerichts in Zivilsachen zur Frage der U. M. oder G. M. ist trotzdem nicht ganz leicht zweifelsfrei festzustellen.

Einmal liegt das daran, daß „in der Rechtsprechung des RG. die verschiedenen Versuche für das Verhältnis der Gesamthand einen adäquaten Ausdruck zu finden, zu Definitionen geführt haben, die vielleicht nicht nur in den Worten, sondern in der Sache selbst voneinander abweichen," wie der erste Zivilsenat das im Urteil vom 23. Februar 1907 [29]) selbst ausgesprochen hat. Es hat aber weiter seinen Grund in einem Umstande, den die Lehre von der Gesamthand dem höchsten Gerichtshofe nicht genug danken kann. Seit der Zeit nämlich, wo der vorschwebende Rechtszustand einer gesamthändischen Gemeinschaft noch in geradezu erschreckend verwickelten Umschreibungen zum Ausdruck gebracht werden mußte,[30]) und wo, zuerst wohl im Urteil des 1. Zivilsenats vom 24. Juni 1882 (Entsch. 9, 143ff.) nur ganz schüchtern von einem Verhältnis gesprochen wurde, das „gleichsam ein Eigentum zur gesamten Hand sei", ist das RG. zu einer rückhaltlosen Anerkennung der im geltenden Recht vorhandenen Gemeinschaften zur gesamten Hand fortgeschritten und verwendet dieses Wort längst als geläufigen, technischen Ausdruck.

Getrieben von der Notwendigkeit, für die Regelung der unübersehbaren Menge zweifelhafter Fälle in einem hoch entwickelten Gesellschaftsrecht feste begriffliche Normen hinter sich zu haben, hat das RG. den Gedanken des gesamthändischen Prinzips mit so eingehendem Interesse gepflegt und ausgebaut, daß fast alle vor sein Forum gebrachten Einzelfragen schon aus dem allgemeinen Prinzip heraus entschieden werden konnten, ehe auf das nackte Zuständigkeitsrecht zurückgegangen werden mußte, um aus ihm das geringere oder bessere Recht der Beteiligten im Einzelfalle abzuleiten.

---

[29]) Entsch. 65, 230.

[30]) Vgl. hierzu das Urteil des I. Zivilsen. vom 15. Dezember 1886, Entsch. 17, 367: „in der konstanten Rechtsprechung des früheren ROHG. und nach der Judikatur des RG. sind die Bestimmungen des HGB. dahin ausgelegt, daß die offene Handelsgesellschaft nicht eine (von den Gesellschaftern verschiedene, deren individuelle Rechtssubjektivität absorbierende, die Gesellschafter nur als natürliches Substrat in sich befassende) Person sei, wenngleich die Rechtsverhältnisse der in offener Handelsgesellschaft verbundenen Personen (durch diese Verbindung und in Bezug auf den bezüglich derselben entstehenden Kreis von Rechten und Verbindlichkeiten) sowohl unter sich als zu Dritten von eigenartigen Normen beherrscht würden."

Das Eigentum z. B., das in der gesamthändischen Gemeinschaft den Gesellschaftern in ihrer Verbundenheit[31]) zusteht, ist für das Gericht von vornherein etwas so völlig anderes als das freie Miteigentum, daß ohne eingehendere Erörterung über quantitative oder qualitative Konstruktion der Anteilsrechte im Falle seiner Umsetzung in gewöhnliches Miteigentum allein aus dem Gedanken der Andersartigkeit heraus Auflassung des ganzen Grundstückes und Verstempelung des ganzen Wertes verlangt werden konnte, obwohl das Gericht andererseits die Meinung vertreten hat, daß im Falle des Überganges von Gegenständen des Gesellschaftsvermögens an die bisherigen Gesellschafter zu Miteigentum kein nach preußischem Stempelrecht zu verstempelnder Kauf ꝛc.-Vertrag vorliege, da die Eigentümer dieselben Personen blieben.[32])

Die sozusagen klassische Fassung des RG., die in unzähligen Entscheidungen auch anderer Gerichte immer wiederkehrt und im Grunde auf das eben erwähnte Urteil im neunten Band der Entscheidungen zurückgeht, lautet etwa:[33])

„Ein Eigentum der einzelnen Gesellschafter besteht weder in der Form eines nach Quoten geteilten Miteigentums an den einzelnen Sachen noch in der Form eines nach Quoten geteilten Anteilsrechtes am ganzen Inbegriff des Gesellschaftsvermögens."

Man kann aber hierin nicht ohne weiteres schon ein Bekenntnis zur Theorie der U. M. sehen. Denn es ist damit zunächst nur die Ablehnung der gewöhnlichen, römischen Quotenteilung (unserer heutigen Gemeinschaft nach Bruchteilen) gegeben, wie das der I. Zivilsenat selbst im Urteil vom 23. Februar 1907, Entsch. Bd. 65 S. 232 festgestellt hat.[34])

An derselben Stelle dieser auch sonst grundlegenden Entscheidung hat der erkennende Senat im Anschluß oder jedenfalls in Übereinstimmung mit Oertmann die in der Wissenschaft vertretenen Anschauungen aufgezählt und dabei wie jener eine sehr präzise Unterscheidung zwischen der Theorie der U. M. und G. M. gemacht. Eine Stellungnahme aber ist ausdrücklich abgelehnt.

Eine Zeitlang schien sogar die Gefahr vorhanden zu sein, daß das

[31]) Vgl. das Urteil des 1. Zivilsen. vom 23. Februar 1907, Entsch. 65, 233 und die dort in Bezug genommenen früheren Entscheidungen.

[32]) RG. 5. Zivilsen. vom 2. November 1903, Entsch. 56, 97/98 und ausdrücklich 1. Zivilsen. vom 23. Februar 1907, Entsch. 65, 233 gegenüber 4. Zivilsen. vom 15. Februar 1892, Entsch. 30, 152.

[33]) Vgl. z. B. Urteil des 4. Zivilsen. vom 15. Februar 1892, Entsch. 30, 152 ff., Urteil des 7. Zivilsen. vom 26. Januar 1904, Entsch. 56, 432 ff.

[34]) „. . . . Über eine Verneinung des quotalen Miteigentums (d. h. im technischen Sinne) braucht die Tragweite dieser Entscheidungen nicht zu gehen."

R. G. unter starker Anlehnung an Gierke [35]) und seine Wertquotenlehre den Boden der gesamthändischen Gemeinschaft verlassen würde.

Schon in der Entscheidung des 4. Zivilsenats vom 24. September 1883 (Gruchot Bd. 28 S. 249) heißt es:

„. . . Gesellschaftsvermögen, an welchem dem einzelnen Gesellschafter als Anteil nicht eine bestimmte Quote, sondern ein zeitig wechselnder und erst bei dem Austritte aus der Gesellschaft oder bei der Auflösung derselben effektiv zu bestimmender Wert oder Summenbetrag zusteht. Der einzelne hat an den einzelnen Gegenständen kein — auch nur anteiliges — Recht; alle rechtlichen Funktionen des Eigentums . . . vereinigen sich . . . in der Gesamtheit der Mitglieder, als der Träger der Gesellschaftsrechte, während sich das Recht und der Anteil des Einzelmitgliedes . . . in Werte, in Saldi, auflöst . . ."

Und wenn man hört — daß „jedenfalls der Vermögensanteil der Gesellschafter die äußere Gestalt eines Forderungsrechtes habe," [36]) daß „das Recht des Gesellschafters sich in dem Anspruch auf eine dem Wert seines Anteils am GV. entsprechende Geldsumme erschöpfe", [37]) daß man „das von den Firmeninhabern vertretene Gesellschaftsvermögen als berechtigt ansehen könne" [38]) — so muß man fast zu der Meinung kommen, daß hier infolge einer zu weiten Ausbildung der Gierkeschen Lehre die Gesellschafter von der Gesellschaft verdrängt worden seien und eine juristische Person konstruiert worden sei, wie Behrend das in seiner Anzeige der Genossenschaftstheorie [39]) schon Gierke selbst vorwarf.

Daß Behrend Gierke gegenüber Unrecht hat, ist wohl bereits klar geworden. Aber ebenso wie er hält auch das RG. trotz solcher irreführenden Aufstellungen die Gesellschafter als Subjekt des GV. fest, so wie das schon im 3. Bande seiner Entscheidungen S. 57 im Urteil des 1. Senats vom 8. Dezember 1880 ausgesprochen war. [40]) Irgendwie tritt das überall hervor. Es wird gesagt, die Grundsätze über die Gesamthand „führten

---

[35]) Dies wird merkwürdigerweise von Nagler S. 717 bestritten. Gelegentlich tritt übrigens auch der Einfluß von Labands rein obligatorischer Gesellschaft hervor, dessen Darstellung schon im 18. Bd. S. 43 (Urteil des 1. Zivilsen. vom 6. Oktober 1886) ohne Stellungnahme zitiert, dessen Auffassung aber im 56. Bd. S. 208 vom 7. Senat im Urteil vom 11. Dezember 1903 offenbar bewußt mit der Bemerkung abgelehnt wird, „daß eine lediglich obligationenrechtliche Regelung nicht genügen würde."

[36]) RG. 1. Zivilsen. vom 6. Oktober 1886, Entsch. 18, 43 unten.

[37]) RG. 5. Zivilsen. vom 2. November 1903, Entsch. 56, 100.

[38]) RG. 2. Zivilsen. vom 28. April 1886, Entsch. 16, 2.

[39]) Behrends Anzeige der Genossenschaftstheorie in ZHR. Bd. 34 S. 281 ff.

[40]) „Subjekte des GV. sind die Handelsgesellschafter."

zu keiner besonderen Rechtspersönlichkeit, sondern es sei nur ein besonders geeigenschaftetes Vermögen der einzelnen Gesellschafter gegeben".[41])

Es wird festgestellt: Hat die Gesellschaft die Voraussetzungen eines Primordialzeichners von Aktien besessen, so sind die Gesellschafter in der Lage, nach Auflösung der Gesellschaft oder nach ihrem Ausscheiden diese Eigenschaft beizubehalten und infolgedessen Bezugsrechte auszuüben.[42]) „Die Gesellschafter sind Gesamthandsmiteigentümer."[43])

Und daß die Gefahr, wenn sie wirklich vorhanden war, heute jedenfalls als solche erkannt und damit am sichersten überwunden ist, zeigt das mehrerwähnte Urteil im 65. Band, wo S. 230/31 ausdrücklich gesagt wird: „Für jene Frage (. . . der Vermögensträgerschaft, der Zuständigkeit des GV.) folgt mit Notwendigkeit, daß . . . jedem einzelnen Gesellschafter . . . in irgendwelcher Weise eine unmittelbare Beteiligung an diesem Vermögen zukommen muß [S. 233: ein Anteil als unmittelbare Mitberechtigung]. Damit stehen nicht im Widerspruch die zahlreichen Entscheidungen des RG., die dem Gesellschafter während bestehender Gesellschaft nur einen Anspruch auf Zinsen und Gewinn und nach Auflösung nur einen solchen auf einen dem Wert seines Gesellschaftsanteils entsprechenden Geldbetrag zuerkennen, insofern darin bloß ein Ausdruck für das praktische Ergebnis aus der gesellschaftlichen Gebundenheit zu erblicken ist."

Steht aber damit fest, daß die Kategorie der gesamthändischen Gemeinschaft nicht zugunsten einer Person sozialrechtlicher Ordnung verlassen ist, so muß gerade das Zurückdrängen der aus der Mehrzahl der Gesellschafter sich ergebenden Folgen in der Art, wie das in den eben besprochenen Stellen hervortritt, den Schluß unabweislich machen, daß die Konstruktionen des RG. nur auf der Grundlage einer ungeteilten Mitberechtigung erwachsen können.

Unmittelbar beweisen das auch Stellen wie die folgenden aus dem Urteil des 1. Zivilsenats im 65. Bd. S. 235: „Man kann mit Recht sagen, daß grundsätzlich jeder Gesellschafter auf das Ganze berechtigt sei und nur durch die Berechtigung seiner Mitteilhaber eingeschränkt werde," und besonders aus dem Urteil des 7. Zivilsenats vom 11. Dezember 1903 (Entsch. Bd. 56 S. 209): „Die Gebundenheit des Vermögens liegt nach der Seite der Personen als der Rechtsträger hin. Demgemäß fehlt bei solchen Vereinigungen der Anlaß zur Annahme eines nach Quoten geteilten Eigentums; vielmehr kann das Eigentumsrecht ungeteilt bestehen, indem die mehreren Gesellschafter vereinigt seine Träger sind."

---

[41]) RG. 4. Zivilsen. vom 15. Februar 1892, Entsch. 30, 152.

[42]) RG. 1. Zivilsen. vom 15. Dezember 1906, Entsch. 65, 21 ff.

[43]) RG. 7. Zivilsen. vom 5. November 1909, Entsch. 72, 161.

Jedenfalls ist an keiner einzigen mir bekannten Stelle eine zahlenmäßige Abmessung des Zuständigkeitsrechts der einzelnen Gesellschafter auch nur in Frage gezogen, geschweige denn irgendeine Folge daraus abgeleitet.[44]) Deshalb wäre das RG. vielleicht ohne weiteres der Theorie der ungeteilten Mitberechtigung zuzurechnen gewesen, ohne auf die nähere Gestaltung des Gedankens in den einzelnen Entscheidungen näher einzugehen, wenn nicht der 5. Zivilsenat — der in den sonstigen Veröffentlichungen über die Frage übrigens wenig hervortritt — im Beschluß vom 23. Mai 1908 (Entsch. Bd. 68 S. 412/13) nebenbei Ausführungen gemacht hätte, die wieder stark an die Terminologie der Vertreter der G. M. anklingen. Es heißt da: „. . . das Miteigentum der Gesamthänder ist aber zweifellos nicht das römische Bruchteilseigentum (condominium pro indiviso), weil die Anteile nicht fest bestimmt, sondern veränderlich sind,

es folgt Lit. und zwar u. a. Sohm, Gegenstand S. 69 ff. Meurer, Die juristische Person nach deutschem Reichsrechte S. 133 ff., . . .

und weil sie als solche nicht Gegenstand des Rechtsverkehrs sind . . . Man kann sie mit der Entscheidung des R. G. Bd. 9 S. 144 als unpraktisch bezeichnen."

Es läßt sich nun aber das alles schließlich auch von der Beanteiligung an der gesamthändischen Rechtszuständigkeit sagen — auch liegt die Möglichkeit nahe, daß Gierkesche Sachsplitteranteile gemeint seien — und irgendwelche Folgen sind jedenfalls nicht aus einer zahlenmäßigen Mitberechtigung gezogen. Infolgedessen darf festgestellt werden, daß die Vertreter der U. M. sich mit Recht auf den höchsten deutschen Gerichtshof beziehen können.[45])

Dem RG. in Zivilsachen folgt das Reichsgericht in Strafsachen, das neuerdings ebenfalls ausgesprochen hat, daß „die Regelung des BGB. den deutschrechtlichen Grundsätzen über die gesamte Hand entspreche und also ein nach Bruchteilen geteiltes Eigentum ausgeschlossen sei".[46]) Die Eigentumsdelikte an Gegenständen des GV., die das RG. als durch die Gesellschafter begehbar annimmt, haben nicht die Anteile der anderen Gesellschafter zum Objekt, wie das früher gelegentlich bei der Gütergemeinschaft ausgesprochen war, sondern vielmehr den ganzen Gegenstand:[47]) „Weil das Vermögen Sonderzwecken dienen soll, hat der einzelne nicht das

[44]) Die Berechnung nach den Gewinnanteilen wird einmal vom 4. Zivilsen. im Urteil vom 15. Februar 1892, Entsch. 30, 151 f. ausdrücklich abgelehnt.

[45]) Vgl. noch neuerdings 7. Zivilsen. vom 5. November 1909, Entsch. 72, 155 ff.

[46]) 3. Strafsen. vom 14. Juni 1906, Entsch. StrS. 39, 51.

[47]) Vgl. 3. Strafsen. vom 5. Juli 1882, Entsch. StrS. 7, 18; 2. Strafsen. vom 8. Februar 1895, Entsch. StrS. 27, 13; im Gegensatz zu 2. Strafsen. vom 12. April 1881 Entsch. StrS. 4, 84.

Recht, Gegenstände jenem Zwecke zu entziehen, er kann sich also (?) dadurch eines Diebstahls oder einer Unterschlagung schuldig machen.“[48])

Das Preußische Oberverwaltungsgericht schließt sich den Anschauungen des RG. an.

Es gebraucht längst den Ausdruck gesamte Hand technisch und vertritt dabei den Standpunkt der U. M. Wenn es ausführt, daß im Gegensatz zu festbestimmten Bruchteilen den Gesamthändern „ein anders gearteter ideeller Anteil am GV. — wie an den einzelnen Vermögensstücken — als unmittelbare Mitberechtigung zusteht,“[49]) so ist dabei die nicht quotale Natur der Mitträgerschaft bezeichnet.

Im übrigen hat es auch hier eine Zeit gegeben, wo die Gesellschafter auf bloße Forderungsrechte beschränkt und die Gesellschaft damit einer juristischen Person gleichgestellt zu werden schien.

Hierfür ist die Entscheidung des 2. Senats vom 12. Juni 1906 (Entsch. Bd. 48 S. 166 ff.) charakteristisch, wo zustimmend eine ganz alte Entscheidung des KG.[50]) zitiert wird, in der zur Bekämpfung der Lehre von einer dinglich wirkenden Anwachsung des Gesellschaftsvermögens ausgeführt ist, „es sei nicht ersichtlich wie die Vereinigung der zwei gesellschaftlichen Rechte, die nicht Miteigentumsrechte, sondern obligatorische[51]) Rechte sind, in einer Person sollte Alleineigentum erzeugen können“. Als ein weiteres Beispiel für diese nicht unzweideutige Ausdrucksweise, zugleich aber als Beweis dafür, daß es sich nicht um mehr handelt, und daß vom OVG. sachlich die unmittelbare Beanteiligung aller Gesellschafter an der Rechtszuständigkeit des G. V. festgehalten worden ist, seien noch einige Sätze aus dem Urteil des 2. Senats vom 10. Februar 1897 (Entsch. Bd. 31 S. 44 ff.) wiedergegeben, die m. E. eine der glücklichsten Formulierungen der Theorie der U. M. enthält: „Träger . . . des GV. sind die Gesellschafter in ihrer

[48]) 3. Straffen. vom 5. Juli 1882, Entsch. StrS. 7, 20/21 (zusgefaßt). Wegen der lebhaften Bedenken, die diese Schlußfolgerung gegenüber dem Wortlaut „fremde . . . Sache“ des § 242/46 RStrGB. erwecken muß.

[49]) 7. Sen. vom 18. März 1909, Entsch. 54, 107.

[50]) Vom 9. März 1891 (Jahrb. 11, 127/8; zit. in der Fassung des OVG.).

[51]) Zu was für Konsequenzen das führt, zeigt z. B. die Auseinandersetzung OVG. 2. Senat vom 23. Februar 1900, Preuß. VerwBl. 21, 433. Hier heißt es durch wenige Zeilen getrennt: „Die offene Handelsgesellschaft bildet kein selbständiges Rechtssubjekt; ihr Vermögen steht der Gesamtheit der Gesellschafter zu“ . . . . . und . . . . . „Wird ein neues Mitglied aufgenommen, so entsteht nur ein Wechsel in den obligatorischen Beziehungen der Mitglieder untereinander und zum Handelsvermögen.“

Es haben also die Inhaber des Vermögens zu ihrem Vermögen nur obligatorische Beziehungen! Der Eigentümer hat obligatorische Beziehungen zum Eigentum!

Welch schwere Wege hat die sich durchsetzende Gesamthandslehre noch in jüngster Zeit gehen müssen!

Gesamtheit (in ihrer Summe), dergestalt, daß dem einzelnen weder ein nach Quoten geteiltes Miteigentum noch ein nach Quoten geteiltes Anteilsrecht an dem Inbegriff des Vermögens oder an dessen einzelnen Bestandteilen, sondern nur ein . . . Anspruch auf einen Wert oder Summenbetrag zukommt." Im folgenden wird (S. 45) dann die rechtliche Zuständigkeit behandelt: (Es liegt der Fall des „Ausscheidens" eines von zwei Gesellschaftern vor.) „Der Übrigbleibende war schon vorher einer der Träger (Subjekte) des — der Gesamtheit der Sozien zustehenden — Eigentums an dem Vermögen und den dazu gehörigen einzelnen Stücken, allerdings beschränkt durch das qualitativ gleiche, gesellschaftliche Recht seines Mitträgers, des zweiten Sozius. Durch dessen Verzicht auf dieses konkurrierende Recht und durch die Vereinigung (Konfusion) aller gesellschaftlichen Rechte in seiner Person ist der Übrigbleibende nach wie vor Träger (Subjekt) des Eigentumsrechts und zwar nunmehr nur noch der einzige Träger desselben und damit der ausschließliche Eigentümer."

Die Rechtsprechung des Kammergerichts steht einigermaßen unter dem Einfluß der alten landrechtlichen Konstruktion der Erbengemeinschaft, wonach dem einzelnen ideelle Anteile an dem Inbegriff, nicht aber an den einzelnen Gegenständen zustanden. Dies sei vom BGB. akzeptiert und gelte auch für die Gesellschaft.[52])

Da das Gericht sich aber ausdrücklich für die gesamte Hand erklärt hat, den Gemeinschaftern ein „gesellschaftlich gebundenes Miteigentum"[53]) zuspricht und dies dahin erläutert, „daß dem einzelnen ein quotitativer Anteil an den einzelnen Gegenständen überhaupt nicht zustehe . . ., sodaß . . . bei Übertragung zum alleinigen Eigentum an einen Teilnehmer dieser nicht . . . lediglich etwas hinzuerwirbt, vielmehr Gegenstand des Erwerbes und der Übertragung die Sache in ihrer Gesamtheit ist" — so tut man der Konstruktion wohl am wenigsten Zwang an, wenn man sie, wenn auch unter einem gewissen Vorbehalt, an dieser Stelle mit aufführt.[54])

Besonders schroff ist in der Rechtsprechung des KG. gelegentlich die Verneinung jeder sachenrechtlichen Beziehung zwischen den Gesellschaftern

[52]) Jahrb. 27 B 60. Beschl. vom 25. Januar 1904.

[53]) Beschl. vom 3. Juni 1909, Jahrb. 38 A 238.

[54]) Eine neueste Entscheidung Jahrb. 38 B 63 ff. vom 5. März 1909 enthält nicht etwa ein Bekenntnis zur G. H. Der „quotitative Anteil am Reinvermögen", der jedem Gesellschafter „entsprechend seinem Guthaben" zusteht, betrifft nicht das Zuständigkeitsrecht, sondern ist nur als Maßstab angeführt für die im preuß. StempStG. vom 25. Juli 1895 (vor der Novelle vom 30. Juni 1909) in Tarifst. 25 zu d Abs. III steuerfrei gestellte (wirtschaftliche) „Beteiligung am GV." und zwar im Gegensatz zu ihrer Berechnung nach der Teilnahme an Gewinn und Verlust. Es sind also etwa Gierkesche Wertanteile zugrunde gelegt.

und dem GV. zum Ausdruck gekommen. Die Entscheidung im 11. Band ist oben bereits zitiert.[55]) Aber auch im Urteil vom 17. Februar 1902[56]) heißt es noch: „Der Gesellschafter besitzt Eigentum in keiner Form, . . . sondern ist nur berechtigt, zu verfügen", und im 32. Band S. B 43 wird unter dem 14. Dezember 1905 geradezu von den „in gewisser Beziehung überhaupt nicht als bestehend anzuerkennenden Anteilen am GV. oder an den dazu gehörigen Gegenständen" gesprochen. — Wie bereits erwähnt, hat aber nunmehr der Beschluß vom 3. Juni 1909 rückhaltlos ein gesellschaftlich gebundenes Miteigentum anerkannt.

§ 12.

cc) Die Theorie der geteilten Mitberechtigung und ihre Vertreter.

Die Theorie der geteilten Mitberechtigung, der wir uns jetzt zuwenden, hat mit der Theorie der U. M. das gemeinsam, daß sie auch eine besondere „Gesamthändische Eigentumsordnung (Eigentum als typisch für alle Zuständigkeiten gebraucht)"[1]) annimmt. Es wird ebenfalls eine personenrechtliche Gemeinschaft zur gesamten Hand konstruiert, nur daß das Prinzip nicht mehr in voller Reinheit zur Durchführung gekommen ist und die Rechtszuständigkeit freiläßt: Zwar ist auch hier die Zuständigkeit überhaupt abhängig von der Zugehörigkeit zu der personalen Gemeinschaft, aber es werden in den Beziehungen zum GV. für die einzelnen Gesellschafter Bruchteile, Quoten von stetiger oder wechselnder Größe unterschieden, so daß der Umfang dessen, was der einzelne Gesellschafter von dem GV. in seinem eigenen Vermögen hat, quantitativ auszudrücken ist.

Diese Quoten sind jedoch völlig abhängig von dem Bestande der personalen Gemeinschaft und ändern sich mit ihm, indem z. B. die Quote eines Ausscheidenden den Zurückbleibenden zuwächst.

Doch bestehen sie in Wirklichkeit, mögen sie nun schlummernd,[2]) latent,[3]) ineinander verschlungen,[4]) verschleiert,[5]) oder suspendiert[6]) genannt werden.

Die Frage, ob die Vorschriften des BGB. über die Gemeinschaft nach Bruchteilen auf diese Anteile im Prinzip Anwendung finden, ist dabei nicht von vornherein zu entscheiden. Die größte Mehrzahl der Schriftsteller verneint sie, a. A. sind z. B. Joerges und Bunsen.

[55]) Siehe oben S. 31. KG. sagt nur: „. . . die jedenfalls Miteigentumsrechte nicht sind, . . ."

[56]) Jahrb. 24 A 112 (zusammengefaßt).

[1]) Nagler S. 725 Anm. 80.

[2]) Gierke, ArchBürgR. 19, 125.

[3]) RG. StrafS. 2. Strafsen. vom 12. April 1881, Entsch. 4, 85 (Gütergemeinschaft).

[4]) Crome, System II, 2 § 820 A, 2 S. 765. [5]) Joerges 51, 72.

[6]) Planck — im Teilentwurf des Redaktors für die Gütergemeinschaft.

In den Sitzungen der zweiten Kommission wurde die Theorie der G. M. als in der Wissenschaft herrschend bezeichnet. Ihre in der Kommission befindlichen Vertreter hielten den Ausschluß der Quotenteilung für „undenkbar".[7])

Besonders klar hervor tritt die Auffassung einer besonders gesamthändischen, aber geteilten Mitberechtigung bei Cosack:[8]) „das GV. gehört . . . zur gesamten Hand . . . den Gesellschaftern. . . . Jeder ist somit an dem Vermögen im ganzen wie an allen einzelnen . . . Stücken anteilig mitberechtigt: hat die Gesellschaft eine Forderung, so ist jeder Gesellschafter für seine Person Mitgläubiger . . . usw."[9]) Diese Anteile „sind aber nicht, wie die Miteigentumsquoten der römischen socii selbständige Rechte. Sie sind vielmehr durch das zwischen den Gesellschaftern bestehende Band auch mit Wirksamkeit nach außen fest verknüpft. Jeder einzelne Anteil ist also rechtlich unselbständig."[10])

In diesem Satz liegt der Kernpunkt eines Unterschiedes zwischen „modifizierten" gewöhnlichen (römischen) Quoten und den Zuständigkeitsquoten, die innerhalb einer gesamthändischen Gemeinschaft unterschieden werden, scharf herausgehoben: Jene sind stets (ihrem Wesen nach) rechtlich selbständig. Sie können höchstens als (von außen) rechtlich gebunden konstruiert werden. —

. . . „Das Anteilsrecht des einzelnen Gesellschafters bedeutet nichts anderes, als daß das GV. jedem Gesellschafter mitgehört . . ., doch läßt sich die bei der societas übliche Berechnung nach Quoten auch hier durchführen."[11])

Die Größe dieser Quoten bestimmt Cosack unter Ablehnung der verschiedenen komplizierten Berechnungen Labands und Adlers nach dem Verhältnis der Beteiligung am Gewinn.[12])

Dernburg[13]) stellt auch zunächst die Eigenschaft der Gesellschaft als einer besonderen Gemeinschaft zur gesamten Hand fest und bekennt sich dann zur Theorie der G. M. Das GV. gehöre den Gesellschaftern zu Anteilen, die allerdings während der Dauer des Gesellschaftsverhältnisses selten hervorträten. Im Zweifel seien sie gleich groß.

Goldmann-Lilienthal[14]) scheint äußerlich wie die Anhänger der

---

[7]) Metallogr. Prot. 2437 (Guttentag II S. 429).

[8]) Cosack, Lehrb. des BGR. II Bd. (1. u. 2 Aufl.) § 266 S. 365 ff.; Lehrb. des Handelsrechts 5. Aufl. § 107, III S. 533 ff. In der 7. Aufl. des HR. fehlen die allgemeinen Erörterungen.

[9]) BGR. a. a. O. S. 365.

[10]) HR. a. a. O. 1b S. 534.

[11]) HR. a. a. O.

[12]) Daselbst am Ende.

[13]) Dernburg, Lehrbuch des Deutsch. PrivR. (3) II, 2 § 354, III; § 359, II S. 623.

[14]) Goldmann-Lilienthal, Das BGB. I § 201, I S. 782, 783 ff.; § 197, 4 S. 759.

Sozietätstheorie alle Besonderheit in den Rechtsverhältnissen des GV. lediglich aus positiven Vorschriften des Gesetzes erklären zu wollen. Doch leitet auch er die Verfügungsbeschränkungen unter Billigung der Ausdrucksweise von Nagler und Joerges aus der personalen Bindung der Gesellschafter ab, „die unmittelbar mit dem Abschluß des Gesellschaftsvertrages eintritt". Daß er auf dem Standpunkt der G. M. steht, geht aus seinen Ausführungen über § 719 BGB. hervor.

Joerges[15]) lehnt zwar äußerlich die Gesamthandstheorie ab. Aber das liegt, wie erwähnt, lediglich an seiner zu engen Auffassung des historischen Begriffs, von dem er glaubt, daß er im Widerspruch mit der modernen Verwendung stehe.[16]) In Wirklichkeit ist sein „gebundenes Miteigentum", das „überall[17]) als sachenrechtliche Rückwirkung eines engeren persönlichen Verhältnisses"[18]) erscheint, ein echt gesamthändisches Institut.[19])

Es wird für ihn aber lediglich die Verfügungsmacht von der Wirkung der personalen Verbundenheit ergriffen und die Zuständigkeit bleibt frei. So kommt also gerade bei ihm die theoretische Konstruktion der gesamthändischen G. M. zu besonders einleuchtendem Ausdruck.

Joerges läßt übrigens wie Bunsen die Paragraphen über die Gemeinschaft grundsätzlich zur Anwendung kommen und berechnet die Quotengröße nach dem Gewinnanteil.[20])

Matthias[21]) hat eine glücklich knappe Formulierung der Theorie in den Worten gefunden: „Das GV. steht den Gesellschaftern anteilig zu, nicht aber zu Sonderrecht (Miteigentum rc., nomina sunt ipso iure divisa), sondern gemeinschaftlich (zur gesamten Hand).

Nagler[22]) ist als der eigentliche Schöpfer der Theorie der G. M. in Anspruch zu nehmen; wenigstens sind die unterscheidenden Merkmale erst

---

[15]) Joerges 49, 184 ff.

[16]) Vgl. oben S. 16 Anm. 15.

[17]) Wenigstens bei der Ehe und den Gesellschaften. Bei der Erbengemeinschaft und der Reederei hält er dagegen (S. 188 f.) „die persönliche Verbindung für eine Reflexwirkung der sachenrechtlichen Einheit". Das ist, wenigstens für die sozusagen zwangsweis entstehende Erbengemeinschaft, eine vielleicht wirtschaftlich oder tatsächlich — de lege olim ferenda — richtige Erwägung, konstruktionell und de lege lata aber unhaltbar (vgl. unten S. 43 und oben S. 14 Anm. 8). Sie ist auch zur Erklärung der Fungibilität der Personen nicht erforderlich, die einen positiven (Personen-)Rechtssatz darstellt.

[18]) Joerges a. a. O. 49, 186 ff.; 51, 80.

[19]) Siehe oben S. 9.

[20]) Joerges 51 S. 68, 72 f.

[21]) Matthias, Lehrb. I § 128, II B 2 S. 558.

[22]) Nagler 679 ff.; insbesondere 731.

durch ihn allgemein klar zum Bewußtsein gekommen. Seine Terminologie ist: „Ideelle Anteile, aber lediglich Anteile gebundener Gemeinschaft." Für das Eigentum erweckt auch er den alten, durch Justus Veracius so in Mißkredit gekommenen Ausdruck Gesamteigentum zu neuem Leben.

Sohm ist der Meinung, daß die Anteile der Gesamthänder nicht vermögensrechtlicher, sondern personenrechtlicher Natur seien, ein „Mitgliedsrecht".[23])

Oertmann[24]) hält diese Anschauung für abweichend von den Theorien der G. M. und der U. M. und bezeichnet sie als besondere Theorie der „Anteile kraft Personenrechts".

Hierzu ist zweierlei zu bemerken:

Einmal deckt dieser Ausdruck durchaus die Anschauungen sämtlicher Vertreter nur überhaupt gesamthändischer Mitberechtigung. Denn nach ihrer aller Meinung beruht ja ebenfalls die Beanteiligung auf dem Personenrecht, besteht nur kraft personaler Verhältnisse.

Ferner aber kommt Sohms Anschauung tatsächlich dahin zum Ausdruck, daß die Anteile nicht nur kraft personaler Verhältnisse zustehen, sondern selbst, ihrem Wesen nach, personenrechtlicher Natur sind[25]) und somit erscheint Oertmanns Absonderung zunächst richtig.

Trotzdem ist m. E. Sohm nicht als Vertreter einer besonderen Theorie der personenrechtlichen Anteile aufzufassen. Man muß nämlich berücksichtigen, daß er alles Güterrecht, d. h. alles vom Personenrecht abhängige Recht an ganzen Vermögen völlig vom Vermögensrecht absondert und zum Personenrecht zieht.[26])

Damit ist aber m. E. nicht lediglich eine andere Wertung feststehender Begriffe vorgenommen, sondern eine neue Terminologie geschaffen.

Unter Anwendung der geltenden Begriffsbedeutung kann gar nicht davon gesprochen werden, daß die Zuständigkeitsbeziehung zwischen einer Person und einem Gegenstand (oder einer Summe oder einem Inbegriff von Gegenständen) Personenrecht sei. Das muß immer Gegenstandsrecht

---

[23]) Sohm, Der Gegenstand 70; ArchBürgR. 28, 185.

[24]) Oertmann, Schuldverh., Vorbem. vor § 705 S. 760. Ebenso RGEntsch. 65, 232 f. (1. Sen., Urt. vom 23. Februar 1907); Staudinger a. o. S. 25 Anm. 28 a. O.; Fränkel, Die Hauptunterschiede in der Aufrechnungsbefugnis 2c., Jur. Diss., Breslau 1907, S. 9 Anm. 1 und die übrige Literatur und Judikatur seitdem, z. T. sehr lebhaft zustimmend.

[25]) Gegenstand S. 39 Anm. 2: „Der „Anteil" des Gesellschafters „an dem GV." (§ 719) bedeutet die Mitgliedschaft in der Gesellschaft (vermögensrechtliche Anteile am „Vermögen" gibt es nicht)."

[26]) Sohm, Gegenstand S. 8 Anm. 3, S. 24.

und damit (gerade auch nach Sohm) Vermögensrecht, kann nie „Statusrecht im weiteren Sinne“[27]) sein.[28])

Z. B. ist die ehemännliche Nutznießung — mag man sie sonst auffassen, wie man will — selbst ein Vermögensrecht (kraft Personenrechts) nicht nur, wie Sohm[29]) meint, das daraus entspringende Eigentum an Früchten.

Personenrecht kann nur zwischen Personen bestehen. Es kann Wirkungen auf Gegenstände haben (und hat dann stets sehr weitgehende).[30]) Aber unter den Elementen dieses Wirkungstatbestandes muß immer das Vermögensrecht als vermittelndes Glied irgendwo vorhanden sein.[31])

Personenrechtliche Anteile an einem Gegenstande, wie man die Sohmschen Anteile richtig nennen muß und wie er sie (Gegenstand S. 70) auch selbst nennt, sind deshalb nach der üblichen Begriffsbedeutung überhaupt nicht vorstellbar, und der Ausdruck ist nur verständlich, wenn man den Begriff Personenrecht anders auffaßt als bisher. Ob man das mit Sohm tun soll, ist eine andere Frage.

Wendet man aber die herrschende Terminologie[32]) auf seine Anschauung an, um sie mit den bisher dargestellten Meinungen zu vergleichen, so muß man seine güterrechtlichen Anteile als Anteile vermögensrechtlicher Art kraft Personenrechts bezeichnen, wie sie von anderen Vertretern einer Gesamthandstheorie auch beschrieben werden; daß Sohm sie dann mit vielen andern Vermögensrechten der herrschenden Lehre — theoretisch — ins Personenrecht zieht, darf an dieser Stelle nicht interessieren.

Da sie „in Bruchteilen rechnerisch bestimmbar sind“ — bei der Gesellschaft im Zweifel Kopfteile,[33]) so ist Sohm als Vertreter der G. M. in Anspruch zu nehmen.

Den Grund für die Teilung findet er darin, daß unbestimmte Anteile überhaupt nicht gedacht werden könnten.

[27]) Sohm, ArchBürgR. 28, 185.

[28]) Dasselbe wie hier meint offenbar Binder ZHR. 59, 73 mit dem Satz: „Personenrechtliches Güterrecht . . . ist . . . Vermögensrecht“. Vgl. dazu seine Ausführungen vorher seit S. 60.

[29]) Gegenstand S. 8 Anm. 3.

[30]) Siehe unten S. 39 f.

[31]) Vgl. auch Binder, ZHR. 59, 63.

[32]) Sohm wirft ihr vor, daß in ihr der Begriff Vermögen nichts bedeute als eine Spielerei in den Einleitungen der Theoretiker. Eben weil das richtig ist, weil „Vermögensrecht“ und ebenso „Personenrecht“ bisher keine technische Bedeutung besitzen, muß Sohm — will man ihn mit anderen vergleichen — „übersetzt“ werden. Denn ein Wort, das technisch wird, verengt damit den Begriff, den es bezeichnet.

[33]) Gegenstand S. 71 Anm. 15.

Das Unvermeidliche der vermögensrechtlichen Zuständigkeitsbeziehung kommt übrigens auch bei Sohm in dem — offenbar sehr allgemein zu deutenden Satze — zum Ausdruck: „Die gesamte Hand bedeutet die rechtssatzmäßig eintretende vermögensrechtliche Wirkung des genannten personenrechtlichen Verhältnisses“,[34]) was eigentlich mit seiner eben dargestellten Auffassung von Güterrecht im vollen Widerspruch steht und dafür zeugt, daß der scheinbar fundamentale Unterschied zwischen seiner Lehre und den übrigen Anschauungen auf eine im Grunde rein terminologische Unterscheidung zurückgeht.[35])

Sachlich gehört auch Unger[36]) hierher, wenn er auch den Begriff der Gesamthand nicht zur Anwendung bringt, sondern für die offene Handelsgesellschaft eine Kategorie der „unpersonifizierten Personengesamtheit“ aus dem römischen Recht herauskonstruiert. Er erklärt aber die „von andern als aus Utilitätsgründen getroffene Modifikationen der Sozietät angesehenen“ Verfügungsbeschränkungen usw. bei der HG. eben aus dieser (ohne weiteres als personenrechtlich anzusprechenden) Verbindung — und so fällt der von ihm geschaffene Begriff mit dem Begriff der Gemeinschaft zur gesamten Hand zusammen. Daß er keine quotenlose Mitberechtigung annimmt, schließe ich aus dem Verweise auf Laband.

B. Stellungnahme gegenüber den Theorien.

§ 13.

I. Ablehnung aller nicht gesamthändischen Theorien.

Nach dieser Übersicht über die verschiedenen Auffassungen des Verhältnisses der Gesellschafter zum GV. gilt es zwischen ihnen die Ent-

---

[34]) Gegenstand 66.

[35]) Auch formell führt die (Gegenstand S. 70, 72) auf das Thema: Der Anteil „ist Ausfluß, Begleiterscheinung des personenrechtlichen Verhältnisses der Mitgliedschaft“ — „Dasein, Höhe, Kraft des Anteils in der Gesamtberechtigung regeln sich nach Personenrecht“ abgestellte Beweisführung nur dann zu dem daraus gezogenen Schluß „der Anteil selbst hat personenrechtliche Natur“, wenn das Axiom hinzutritt: „(Solches) Güterrecht ist Personenrecht.“

[36]) Unger, Personengesamtheit und offene Handelsgesellschaft in Iherings Jahrbüchern 25, 239 ff., 251, 253. Fernere Vertreter der G. M.: Bunsen, ZZP. 26, 229 ff. (Seine Wertsquoten sind Zuständigkeitsquoten); Kohler, Lehrb. II § 148 S. 396; Kreß, Die Erbengemeinschaft, Fischer Abhandl. Bd. X, 1 in § 1 S. 1, 2; Landsberg, Das Recht des BGB., 1. Hälfte § 139, 3 S. 483; von Langen, Der Erwerb von Grundstücken von seiten einer offenen Handelsgesellschaft, Jur. Diss., Breslau 1906, S. 47; Lux 49/50; Lehmann, Lehrb. HR. 55 S. 289; Lehmann-Ring, HGB. Vorbem. vor § 105 S. 219; Oertmann, Vorbem. vor § 705 S. 760. Vgl. übrigens für ihn den Text bei Sohm, dessen Meinung er sich ausdrücklich anschließt.

scheidung zu treffen. Wir werden alle ausscheiden, die mit dem geltenden Recht in offenbarem Widerspruch stehen, und fernerhin die, welche nicht imstande sind, die besonderen Eigenheiten des GV. zu erklären: insbesondere eine juristische Konstruktion des Ausschlusses der Verfügungsgewalt über den Anteil (nämlich des § 719 BGB.) zu geben.

Zunächst ist also die Theorie der juristischen Persönlichkeit abzulehnen, die jedenfalls mit der Fassung des BGB. nicht mehr verträglich ist (vgl. insbes. §§ 705, 714, 718 Abs. I).

Besonders einfach vermag von den beiden Gemeinschaftstheorien die personenrechtliche, gesamthändische Gemeinschaft die dingliche Gebundenheit der Anteile der einzelnen Gemeinschafter zu erklären. Es ist ja eben das Wesen der gesamten Hand, in den von ihr beherrschten Instituten dinglich beschränkende, vermögensrechtliche Wirkungen durch eine personenrechtliche Verbundenheit herbeizuführen. Daß aber auch im geltenden Recht allgemein personenrechtliche Verhältnisse Änderungen der Verfügungsmacht der Individuen zu bewirken kräftig sind, d. h. daß ein gesamthändisches Rechtsinstitut mit den Grundprinzipien unseres modernen Rechtssystems übereinstimmen würde, dafür genügt es, auf die Ehe[1]) und das Verhältnis von Eltern und Kindern hinzuweisen.

Ich möchte das alles allerdings nicht „gesetzliches Veräußerungsverbot aus § 135 BGB." nennen, wie Nagler. Es ist eine Veräußerungsunmöglichkeit, die in der rechtlichen Natur des betreffenden Rechtsverhältnisses begründet ist. Deshalb ist ein etwaiges Zuwiderhandeln auch nicht nur relativ — wie Nagler will — sondern absolut nichtig.[2])

Wie aber findet sich die Sozietätstheorie mit diesen Beschränkungen ab?[3])

Binder erklärt sie einfach aus dem Gesellschaftsvertrage: „Der Gesellschaftsvertrag", sagt er,[4]) „ist der Tatbestand, an den der Gesetzgeber außer der obligatorischen auch die dingliche Wirkung knüpft, daß die einzelnen Gesellschafter über ihre Anteile nicht mehr verfügen können."[5])

Das ist ganz einfach — aber auch ganz unmöglich.

Denn es steht diesem Erklärungsversuch entgegen das unser Gesetzbuch beherrschende[6]) Prinzip des § 137 Satz 1: „Die Befugnis zur Verfügung

[1]) Nachweisungen im einzelnen bei Gierke, Genossenschaftstheorie S. 372 ff.

[2]) Nagler 725, 735/36.

[3]) Vgl. zum folgenden überall Burchardt a. S. 17 Anm. 1 a. O. S. 52 ff.

[4]) Vgl. ähnlich die Ausdrucksweise von Gareis, Deutsch. HR. (8) § 27 IV S. 167: „Der Gesellschaftsvertrag bindet auch die außerhalb der Gesellschaft stehenden Personen" (!).

[5]) Binder, Rechtsstellung III § 34 Anm. 40 S. 23.

[6]) Vgl. zum folgenden übereinstimmend: Schott in Festgabe für Felix Dahn, Breslau 1905, III S. 317 ff., 324 ff.

über ein veräußerliches Recht kann nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden."

Es läßt sich eine solche Beschränkung nicht aus obligationenrechtlichen Verhältnissen rechtfertigen, denn durch ein Schuldverhältnis kann immer nur ein nicht dürfen, niemals ein nicht können begründet werden.[7])

Der § 399 Halbsatz II BGB.:

> eine Forderung kann nicht abgetreten werden . . ., wenn die Abtretung durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen ist,

durchbricht das Prinzip nicht. Denn eine Forderung verdankt ihre ganze Existenz den Abmachungen zwischen Gläubiger und Schuldner. Wenn diese beiden die Unübertragbarkeit festsetzen, so trifft diese Vereinbarung das innerste Wesen des Rechtes, das eben nun kein veräußerliches Recht ist: Die scheinbare Ausnahme ist im Wesen der Forderungsrechte begründet.

Auch sachenrechtlich — wie Binder hier offenbar will — kennt das Gesetz keine Abweichung: es gibt kein dingliches Rechtsgeschäft im numerus clausus des BGB., durch das die Verfügungsmacht über ein veräußerliches Recht ausgeschlossen werden könnte, und auch gerade darin liegt die besondere Bedeutung des § 137.

Eine Grunddienstbarkeit kann nur bestimmen, „daß auf dem Grundstücke gewisse Handlungen nicht vorgenommen werden dürfen," oder „daß die Ausübung eines Rechtes ausgeschlossen ist, das sich aus dem Eigentum an dem belasteten Grundstücke dem anderen Grundstücke gegenüber ergibt" (§ 1018 BGB.) Beschränkungen wie „nicht belasten zu dürfen" sind also nicht eintragungsfähig.

Insbesondere liegt eine Durchbrechung des Prinzips einmal nicht, wie z. B. Reichel[8]) meint, in der Zulässigkeit von Grundbucheintragungen, durch die zwischen Miteigentümern unter Wirksamkeit gegen Sondernachfolger Verwaltung und Benutzung geregelt oder die Teilungsklage ausgeschlossen wird (§ 1010 BGB.).

Wie bereits gelegentlich ausgesprochen, ist die Gemeinschaft nach Bruchteilen ebenfalls eine gesamthändische Gemeinschaft und hat dadurch absolut verfügungsbeschränkende Kraft.

Eine Durchbrechung liegt aber auch nicht, wie derselbe Schriftsteller will, ganz allgemein in der Zulässigkeit einer Vormerkung, die auf Grund der Bewilligung des Betroffenen eingetragen wird.

---

[7]) Vgl. Knoke, Gesellschaft 9; Knoke, ArchBürgR. 20, 177.

[8]) Reichel, Die Vormerk. im Deutsch. BGB., Jher. Jahrb. 46 S. 77, 156. Er hält zu Unrecht die Annahme eines „relativen gesetzlichen Veräußerungsverbots" für die einzig übrige Alternative. Siehe eben Text bei Anm. 2.

Es bleibt dem Betroffenen nämlich, wie unstreitig ist, die Zuwiderhandlung gegen die Vormerkung möglich und freigestellt.[9])

Trotz Bestehens einer Auflassungsvormerkung zugunsten des X kann der Eigentümer A an B auflassen, und zwar mit Erfolg auflassen. Dieser wird Eigentümer.[10])

Das ergibt ganz einfach die Anwendung der Vorschriften der Grundbuchordnung und des BGB.: Die Wirkung der Vormerkung ist ja nur die, daß entgegenstehende Verfügungen „insoweit unwirksam sind, als sie den gesicherten Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würden". (§ 883.) Damit ist zunächst schon zum Ausdruck gebracht, daß die Verfügungsmacht selbst bestehen bleibt. Aber das „unwirksam"[11]) bedeutet auch überhaupt nichts Theoretisches, sondern, wie der Wortlaut des § 888 zur Evidenz ergibt, lediglich praktisch: „soweit der Erwerb gegenüber demjenigen, zu dessen Gunsten die Vormerkung besteht, unwirksam ist,[12]) kann dieser, von dem Erwerber die Zustimmung zu der Eintragung oder der Löschung verlangen, die zur Verwirklichung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs erforderlich ist." Das bedeutet, daß der Erwerber das Recht vollkommen erworben hat, nur kraft Grundbuchspublizität zugleich mit dem — belastet mit dem — Elisionsanspruch[13]) des Vorgemerkten, der ihm bekannt ist.

Der Fall unterscheidet sich in nichts von der Mitübernahme der Haftung für eingetragene Hypotheken beim Grundstückserwerb.

Wenn § 137 neben dem Ausschließen der Verfügungsmacht ihre Beschränkung verbietet, so sind damit Fälle gemeint, in denen nicht eine Verfügung überhaupt, sondern nur gewisse einzelne Fälle von Verfügungen unmöglich gemacht werden sollten, z. B. das Verbot der Veräußerung an einen Polen. Solche Beschränkung ist unzulässig.

Nicht aber ist dabei an unseren und andere Fälle einer relativen Unwirksamkeit gedacht, an eine etwaige dingliche Sicherung der nach § 137 Abs. 2 bestehen bleibenden Verpflichtung, über ein solches Recht nicht zu verfügen, die ja nicht die Verfügungsmacht selbst, sondern selbständig den durch die Verfügung hergestellten Rechtszustand beeinträchtigt.[10])

Der § 137 soll nur unter allen Umständen verhindern, daß ein freies Rechtssubjekt durch Privatvertrag bezüglich eines freien Rechtsgutes sich

---

[9]) Staudinger (5/6) III Anm. V 1a β zu § 883 S. 142; Reichel a. a. O. S. 108 und Endemann (8/9) II, 1 § 65, 5a S. 416.

[10]) Endemann a. a. O. Anm. 54.

[11]) Endemann a. a. O. auch zum folgenden.

[12]) Das ist der einzige, zu dessen Gunsten sie überhaupt unwirksam ist, weil er der einzige Anspruchsberechtigte ist, § 883.

[13]) Reichel a. a. O. S. 108.

selbst absolut verfügungsunfähig, verfügungsimpotent stellt, damit bei formal vorhandenen, aber aus irgendeinem Grunde unpraktischen oder immerhin eskomptierbaren Beschränkungen der Verkehr darüber hinweg gehen kann und das Rechtsgut nicht einfach getötet ist.

Dieses Prinzip ist undurchbrochen und kann nicht durchbrochen werden, und deshalb ist auch mit vollem Recht von der zweiten Kommission der im ersten Entwurf enthaltene Zusatz zu dem damaligen § 796, „soweit nicht das Gesetz ein anderes bestimmt", gestrichen worden, „weil von dem Prinzip Ausnahmen nicht existierten".[14])

Es gibt im geltenden Rechtssystem keine Verfügung über die Verfügungsmacht.[15])

Noch eine weitere Erwägung verbietet aber gerade für unseren Fall ein ernsthaftes Eingehen auf den Gedanken, es sei eben der Gesellschaftsvertrag das eine dem numerus clausus des BGB. angehörige Sachenrechtsgeschäft, das eine Durchbrechung des Prinzips in sich trage. Es gibt nämlich zweifellos Gesellschaften, die überhaupt kein Vermögen haben,[16]) bei denen es also an einem Substrat für den sachenrechtlichen Vertrag fehlt.[17])

Man darf hier auch nicht konstruieren: Die Ansprüche auf den „Beitrag" der Gesellschafter gehörten — nach einer neuerdings vielfach vertretenen Anschauung[18]) — selbst zum Vermögen der Gesellschaft und irgendwelche Beiträge seien überall notwendig:

Es gibt unzählige unbewußte Gelegenheitsgesellschaften des BGB., bei denen man wirklich nicht von Vermögen sprechen kann, ohne in Spitz-

---

[14]) Vgl. Schott a. S. 39 Anm. 6 a. O. S. 317 und die ebenda S. 309 zitierten Materialien und Aufsätze.

[15]) Der Erbvertrag ist allerdings ein Rechtsgeschäft, durch das die Verfügung über ein veräußerliches Recht mit Wirksamkeit ausgeschlossen wird, aber es ist ein Verfügungsgeschäft von Todes wegen, keine Verfügung im technischen Sinne des Gesetzes — und auch der Erbvertrag kann nur die Verfügungsmacht von Todes wegen, nicht die des Verkehrs bilden. Vgl. Sohm, Gegenstand 8.

[16]) Vgl. Anm. 6 zu § 718 Komm. der Reichsgerichtsräte.

[17]) Daß es bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages selbst ganz regelmäßig Vermögen noch nicht gibt, ist zwar auch geeignet, eine sachrechtliche Natur des Gesellschaftsvertrages als sehr unwahrscheinlich erscheinen zu lassen. Ein schlüssiges Argument kann aber deswegen aus dieser Überlegung nicht abgeleitet werden, weil man die rechtliche Möglichkeit von Verfügungen über künftige Gegenstände wohl nicht mehr bestreiten kann. Vgl. über deren rechtliche Konstruktion und den Stand der Frage Otto Hoffmann, Verfügungen über künftige Gegenstände, Jur. Diss. Breslau 1909.

[18]) Z. B. Komm. der Reichsgerichtsräte Anm. 2 zu § 718. Unrichtig: Gerade die Ansprüche auf Beiträge sind das Urbild der actio pro socio. Die (geleisteten) Beiträge erst werden GV. § 705 i. V. m. § 718.

findigkeiten zu geraten, die beim Aufsuchen der großen Konstruktionslinien eines Rechtsinstitutes unangebracht wären.

Das Vorliegen eines personenrechtlichen Elementes im Gesellschaftsvertrage lehnen die Vertreter der Sozietätstheorie ab. Nun sind die personenrechtlichen Verträge — vielleicht — unter den Rechtsgeschäften des § 137 nicht mitgemeint. Darauf kommt es aber nicht an. Denn bei ihnen trifft sein Grundsatz deshalb ebenfalls zu, weil personenrechtliche Verträge überhaupt nur Personen betreffen und vermögensrechtliche Dinge selbst nicht berühren können.

Die durch den personenrechtlichen Vertrag erzeugten personalen Verhältnisse allerdings schaffen, wie soeben erwähnt, regelmäßig eine Bindung der Verfügungsmacht. Der Vertrag aber schafft sie nicht.[19]) — Erläutert wird dies beispielsweise durch die Tatsache, daß vertragsmäßig keine gesamte Hand ohne ein konkretes Personalverhältnis — Ehe, Gesellschaft — geschaffen werden kann. Nur die konkreten personalen Verbindungen wirken durch ihre Existenz in der hier fraglichen Weise. Die Willensmeinung der Parteien liegt zeitlich und begrifflich zurück.

Es ist also die Sozietätstheorie nicht imstande, aus dem Vertrag heraus die Gebundenheit der Anteile zu erklären.

Die Mehrzahl ihrer handelsrechtlichen Vertreter leitet allerdings die Besonderheit in den Rechtsverhältnissen des GV. nicht ohne weiteres lediglich aus den positiven Vorschriften des Gesetzes ab, sondern sucht alle diese Erscheinungen aus dem Begriff des „Sondervermögens" zu konstruieren.[20])

Aber erklärt denn dieser Begriff unsere Frage, oder ist er nicht vielmehr gerade recht eigentlich das, was erklärt werden soll? Denn von sich aus haben die im Sondervermögen zusammengefaßten Gegenstände nicht die Eigenschaft, solche dingliche Verfügungsbeschränkung ihrer Herren zu wirken, sondern sie muß ihnen gegeben sein, und zwar von diesen ihren Herren ihnen gegeben sein.[21]) So kann die Zusammenfassung zum Sondervermögen keine andere Kraft haben, als der Tatbestand hat, auf den diese Zusammenfassung sich gründet: Die soeben dargestellten Erwägungen greifen deshalb in gleicher Weise Platz.

---

[19]) Die Wichtigkeit des Unterschiedes betont z. B. Sohm, Gegenstand 66. Vgl. auch Joerges 49, 187; Staudinger (5/6) Bem. III, 2 zu § 1008 S. 482.

[20]) Ältere Literatur bei Adler, Zur Entwicklungslehre und Dogmatik des Ges. Rechts S. 77 Anm. 1 und die dort zitierten. Ferner insbesondere Laband, ZHR. 31, 1 ff.; Rösler ebenda 4, 252 ff.; Renaud (KommGes.) § 15 S. 105; Entsch. des ROberHG. vgl. oben S. 6 und 16.

[21]) Abgesehen von Akten des öffentliches Rechts, die hier nicht in Frage stehen,

Sehr deutlich zeigt sich dieser Zusammenhang bei Laband, der auch die Eigentümlichkeiten des GV. auf den Begriff des Sondervermögens zurückführt und dies dann im einzelnen dahin zu erläutern für nötig findet, „daß jedes Mitglied der Handelsgesellschaft den übrigen gegenüber verpflichtet sei, den Handlungsfonds ausschließlich für die Zwecke der Gesellschaft zu verwenden und sich jeder Verfügung zu anderen Zwecken zu enthalten. Die unbeschränkte und freie Herrschaft, wie sie jeder über sein Vermögen hat, ist über das GV. durch das, allerdings (sic!) nur obligatorische, Recht der Mitgesellschafter ausgeschlossen . . . Infolgedessen unterliegt der dem einzelnen Gesellschafter zustehende Anteil am GV. nicht seiner freien Verfügungsgewalt."

Also auch hier die Bindersche Anschauung und noch dazu auf bloß obligationenrechtlicher Grundlage.[22])

Joerges hingegen, der ebenfalls bei seiner Konstruktion den Begriff des Sondermögens zugrunde legt, geht, wie bereits oben entwickelt, richtig von der personalen Verbundenheit aus.[23])

Und wenn man eine Zusammenstellung[24]) der im geltenden Recht vorhandenen Sondervermögen betrachtet, so wird man bei allen denen, die eine dinglich beschränkende Wirkung haben, auch den personenrechtlichen (oder den öffentlichrechtlichen) Hintergrund nachweisen.

Die Kritik solcher Sondervermögenstheorie ergibt also: auch die Annahme eines Sondervermögens ist für sich nicht imstande, die Verfügungsbeschränkung der Gesellschafter zu erklären:

Nicht deshalb kann nicht verfügt werden, weil ein Sondervermögen vorhanden ist, sondern es liegt ein Sondervermögen vor, weil nicht verfügt werden kann.

Es können im System des BGB. dingliche Verfügungsbeschränkungen nicht durch Rechtsgeschäft geschaffen werden, sondern — privatrechtlich — nur aus dem Vorhandensein eines personenrechtlichen Verhältnisses hervorgehen.

Die Konstruktion der Gesellschaft ist also nur auf Grund der Annahme einer personenrechtlichen Gemeinschaft möglich, wenn man nicht auf eine Konstruktion der dinglichen Gebundenheit des Gesellschaftsvermögens Verzicht leisten will.

---

[22]) Laband a. a. O. S. 4. Dies sind schon die ersten Folgen des logischen Fehlers, auf den Adler (a. a. O. S. 84) für S. 8 ibid. aufmerksam macht.

[23]) Siehe oben S. 35.

[24]) Vgl. bei Gierke, Deutsch. PrivR. II § 104 S. 57 ff. und dazu z. B. seine oben S. 14 Anm. 8 zitierten Ausführungen über die Reederei.

§ 14.

II. Entscheidung zugunsten der Theorie der ungeteilten Mitberechtigung.

Wir kommen also in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung zur Annahme einer Gemeinschaft zur gesamten Hand, und es bleibt nur mehr eine Entscheidung zu treffen zwischen den Theorien der geteilten und der ungeteilten Mitberechtigung.

Noch ein Gedanke ist hier zu erwähnen, der immerhin leicht auftauchen kann und im ersten Augenblick bestechen mag: Der Gedanke einer Verbindung beider Theorien in der Weise, daß gewöhnliches (römisches) Miteigentum nach Quoten am ganzen Vermögen als einem Inbegriff bestehe, an den einzelnen Gegenständen aber gesamthändische Mitberechtigung.

Ohne der Frage nach der Möglichkeit eines Eigentums und Miteigentums an Vermögensinbegriffen für das heutige Recht irgendwie vorzugreifen, kann ohne weiteres ausgesprochen werden, daß dieser Gedanke unmöglich ist: es ist eine Kreuzung zweier inkommensurablen Größen.

Das Eigentum am ganzen Vermögen (so wird die Zuständigkeit des Vermögensinbegriffs ja genannt) muß, wenn nicht der Ausdruck jede Farbe verlieren soll, ein Recht an der Substanz sein. Und wenn man sich — worüber unten zu handeln sein wird — zu der Vorstellung versteht, die einzelnen Gegenstände gingen dergestalt in dem Inbegriff auf, daß nur noch das Vermögen als Ganzes Objekt der Berechtigung ist, so bleibt doch die Substanz der Gegenstände mit der Substanz des Vermögens identisch — diese ist nichts neben jener stehendes. Dann kann man wohl eine Zuständigkeitsbeziehung zum einzelnen Gegenstande ganz leugnen, aber nicht nebenher annehmen und anders beschreiben als wie das Recht an der Vermögenssubstanz.[1])

---

[1]) Die Theorie ist übrigens gar nicht so selten anzutreffen.

Planck führt sie in seinem „Teilentwurf des Redaktors“ (Erbrecht) zu § 394 ohne Quellenangabe als „neueste Wendung der Theorie der preußischen Erbengemeinschaft“ auf (bei der die herrschende Lehre quotales Miteigentum nur am Inbegriff annahm, was aber die berühmte Plenarentscheidung des ObTrib. vom 16. März 1857 (Präjud. Nr. 2682, Entsch. Bd. 35 S. 352 ff.) dahin erläutert: „es sei in gewissem Sinne einzuräumen, daß dem einzelnen Miterben als ideellem Miteigentümer der ganzen Erbschaft auch ein ideelles Miteigentum an den einzelnen, die Erbschaft bildenden Sachen und Rechten zusteht, weil das, was vom Ganzen gilt, auch von dessen Teilen gelten muß“ — daselbst S. 366 —).

Auch die ausdrücklich auf das preuß. Recht Bezug nehmende Darstellung von Lux (S. 49/51) kommt auf dasselbe hinaus, wenn er schreibt:

„. . . . die — nach BGB. zu bejahende — Frage nach der Existenz von Anteilen an den Gegenständen ist theoretisch streitig.

Zur Erläuterung des oben Gesagten diene folgende graphische Darstellung.

Will man die Beziehungen des Rechtssubjekts bis zu den einzelnen Gegenständen durchführen, so darf diese Linie nicht in der Mitte gebrochen sein und aus zwei Teilen bestehen, die nie den Anschluß aneinander finden können.[2])

Tatsächlich bleibt also für die Frage nach der rechtlichen Natur der einen Zuständigkeit nur die Möglichkeit der Entscheidung nach einer Seite hin offen: Entweder die gesamte Hand ergreift die Rechtszuständigkeit oder nicht.

A und B sind Gemeinschafter. Das Gemeinschaftsvermögen besteht aus g_1, g_2, g_3 usw. Nach dem romanistischen Teilprinzip zerfällt jeder Gegenstand in einen Anteil des A und des B (Fig. 1). Bei der gesamten Hand gibt es nur a) Anteile des A und B am Vermögen als Ganzen, die ihrem Privatvermögen angehören (Fig. 2), b) Gegenstände, die dem A und B zusammen ohne selbständige Teilberechtigung zustehen (Fig. 3)."

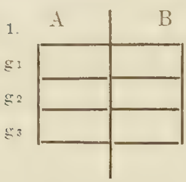
Fig. 1.


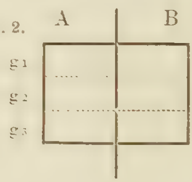
Fig. 2.


Fig. 3.


Vgl. hierzu die folgende Anm.

Wenn Gierke wiederholt ausführt: „Die Kombination von einheitlicher Zusammenfassung und anteilmäßiger Sonderung könne auch dergestalt durchgeführt werden, daß ihr die Unterscheidung des Rechtes am Vermögen als einem Ganzen und der darin enthaltenen einzelnen Befugnisse und Verbindlichkeiten zugrunde gelegt wird" (GenTh. 366), so will er damit nicht etwa den unmöglichen Gedanken von zwei nebeneinander stehenden und verschiedenen Substanzrechten verteidigen. Es ist oben (S. 24 besonders die Anm. 24) bereits nachgewiesen worden, daß seine „Anteile" keine Substanzrechte sind. — Die „einzelnen Befugnisse und Verbindlichkeiten" sind die Splitter des subjektiven Rechts, nicht die einzelnen Gegenstände der objektiven Vermögenssphäre. Vgl. übrigens noch GenTh. 495 96 u. ff. Anderweitig, z. B. GenR. II, 931, führt er die Zuständigkeitsbeziehung überhaupt nicht bis zu den Gegenständen durch — was bei Anerkennung seiner Inbegriffstheorie natürlich möglich ist. Dann sind allerdings „Anteile nur am Ganzen" vorstellbar.

[2]) Dasselbe meint auch Joerges 51, 60, nur ist die dort von ihm beanstandete Konstruktion anders aufzufassen.

Lux' graphische Darstellung in der vorigen Anmerkung läßt die Widersinnigkeit der Anschauung deutlich hervortreten: da er in beiden Hälften seines letzten Satzes die Rechtszuständigkeit des GV. beschreibt, so müssen die Figuren 2 u. 3 den gleichen objektiven Zustand darstellen, d. h. sie müssen sich decken. Legt man sie aber übereinander, so ergibt sich Fig. 1, d. h. das Teilprinzip. Es ist nicht möglich, daß die einzelnen Gegenstände eines in seiner Substanz zwischen A und B nach Quoten geteilten Vermögens „dem A und B zusammen ohne selbständige Teilberechtigung zustehen."

Die Gründe, welche von den Vertretern der beiden Ansichten aufgeführt werden, sind wenig stichhaltig.

Die Theorie der U. M. wird regelmäßig unter Berufung auf die Rechtsgeschichte lediglich zur Darstellung gebracht und höchstens durch einen Hinweis auf die angebliche Unberechenbarkeit der Größe von Quoten erläutert, während die Vertreter der Gegenmeinung sich mit derselben Regelmäßigkeit auf die Bemerkung beschränken, die Negation von Quoten sei „unlogisch“ oder „widersinnig“.[3])

Wie wenig das in Wirklichkeit der Fall ist, wurde oben auseinanderzusetzen versucht.

Man könnte daran denken, daß die Verteilung des Überschusses bei der Auseinandersetzung einen Beweis für das Vorhandensein von Quoten ergäbe. „Es sei die Auseinandersetzung nicht Erfüllung eines Schuldverhältnisses, sondern die Entwicklung des gegenstandsrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses“, wie Kohler diesen Gedanken ausdrückt.[4]) Dies ist aber nicht der Fall.

Die Auseinandersetzung geschieht auf Grund des Gesellschaftsvertrages und das Gesetz spricht aus, daß dabei im Zweifel der Rest den einzelnen nach Maßgabe ihres Gewinnanteils „gebührt“.

Dieser Ausdruck im § 734 hat keinerlei dingliche, sondern lediglich obligationenrechtliche Bedeutung: Es handelt sich dabei nur um die actio pro socio.[5]) Darauf weist gerade einer der schärfsten Vertreter der geteilten Mitberechtigung hin: Nagler,[6]) der aus diesem Grunde auch die Größe der Zuständigkeitsquoten nicht nach dem Gewinnanteil, sondern wie auch Dernburg, Lehmann und Sohm nach Köpfen berechnet.

Übrigens wird dieselbe Auseinandersetzung gelegentlich auch von einzelnen Vertretern der U. M. als Beweis für **ihre** Anschauung angeführt: man könne keine Quoten annehmen, weil die Verteilung des GV. bei

[3]) Sohm, Gegenstand 71; Lehmann, LehrbHR. 289; auch Naglers geschickte Argumentation S. 723 und sonst kommt im Grunde auf dasselbe hinaus.

[4]) Kohler, Lehrb. II § 148 X S. 406. Vgl. auch Heusler, Institutionen I § 52 S. 238/39: „Teilung, wenn sie Realisierung eines Rechts sein soll.“

[5]) Gleicher Meinung Planck II (1907) Anm. 4 zu § 719. Komm. der Reichsgerichtsräte Anm. 1 zu § 733; Knoke, Gesellschaft 120/21 macht zutreffend auf § 101 BGB. aufmerksam, wo der Ausdruck „gebühren“ auch nicht dingliche Bedeutung haben kann.

Vgl. übrigens die oben S. 23 Anm. 21 Abs. II zitierte Stelle bei Gierke, wonach entsprechend seiner Auffassung auch ein dingliches Anwartschaftsrecht noch kein Beweis für Quoten existente societate ist.

[6]) Nagler S. 723 Anm. 77; ebenso präzis von Langen a. O. S. 38 Anm. 36 a. E. S. 47, der ebenfalls die G. M. vertritt. Vgl. auch Weiland, Struktur und Rechtssphäre der Gesellschaftsschulden 2c., Jur. Diss. Würzburg 1902.

der Auseinandersetzung nach einem ganz anderen Maßstab erfolge, als nach dem existente societate die Berechnung der Quoten erfolgen könne.[7])

Jedenfalls ist also dieser Punkt für die Entscheidung bedeutungslos.

Joerges stützt sich noch insbesondere darauf, daß es schwer anzunehmen sei, wie z. B. unter Miteigentümern der Entschluß, die gemeinsamen hundert Mark für eine Ferienreise zu verwenden, plötzlich ein Umspringen der quotenmäßigen in eine quotenlose Beanteiligung herbeiführen könne.

Das erscheint aber gar nicht merkwürdig.

Es entspricht vielmehr im Ergebnis dem Willen der Beteiligten vollkommen. Bisher werden sie genau gleiches Recht beansprucht haben. Auf der Reise, dem Zwecke ihrer Gesellschaft entsprechend, wird sich das ändern: sie wollen zusammen das Ganze vernutzen. Sicherlich braucht aber der eine mehr, der andere weniger. Z. B. es hat der eine allerlei Reisevergünstigungen als Mitglied eines Vereins, während der andere überall voll bezahlen muß. Selbstverständlich hat der andere nun den Anspruch pro socio, daß für ihn zahlenmäßig mehr aufgewendet werde, ohne daß dies ein Geschenk an ihn wäre, oder daß er es ersetzen müßte.

Es tritt gerade bei diesem Beispiel gut hervor, wie eben die wirtschaftliche Bestimmung des Vermögens — wofür die juristische Form hier überall gesucht wird — jedem mathematischen Prinzip fast unüberwindliche Schwierigkeiten bereitet.

Da sich übrigens auch für Joerges der Abschluß eines Gesellschaftsvertrages auch als personenrechtlicher Akt darstellt, kann in der von ihm bemerkten Sonderbarkeit jedenfalls keine rechtliche Schwierigkeit gesehen werden.

Kennt doch das BGB. sogar einen Neuerwerb von „gebundenem Miteigentum", um mich der Joergesschen Terminologie zu bedienen, durch solchen personenrechtlichen Akt bei der Gütergemeinschaft.

---

[7]) Z. B. Knoke, ArchBürgR. 20, 178. Auch oben S. 18 bei Anm. 2 die II. Kommission.

[8]) Joerges, ZHR. 51, 57. Sein anderes Beispiel ist: Für drei Reisemonate vermieten zwei Freunde ihr bruchteils-gemeinsames Pferd. Hier wird ja doch offenbar das Pferd nur quoad usum — nicht quoad sortem eingebracht und die Rechtszuständigkeit bleibt unberührt.

Wenn er ferner meint (49, 177/78; 51, 60), es müßten bei einer Annahme quotenlosen Zuständigkeitsrechts die Familienpapiere, „die gemeinschaftlich bleiben" (§ 2047 Abs. II BGB.), beim Abschluß der Auseinandersetzung plötzlich in Miteigentum im technischen Sinne übergehen, so ist das unrichtig. Gewiß entspricht es der ratio legis nicht, daß der einzelne Miterbe seinen Anteil an den Familienpapieren veräußern könne und es „bleibt" also die Gesamthand, wie auch der Wortlaut nahelegt, insoweit bestehen. Wie hier Sohm, Gegenstand 67 Anm. 5.

Auf den ersten Blick scheint allerdings die Terminologie des Gesetzes für die Theorie der G. M. zu sprechen, da deutlich von „Anteilen der einzelnen Gesellschafter“ die Rede ist und die Quoten der gewöhnlichen „Gemeinschaft nach Bruchteilen“ in den §§ 741 ff. ebenfalls Anteile genannt werden.[9])

Der technische Ausdruck bei der gewöhnlichen Gemeinschaft ist aber jedenfalls „Bruchteile“, was aus der in Klammern gesetzten Legaldefinition des § 741 und der Fassung des § 1008 einleuchtend hervorgeht. Da nun so viel feststeht, daß der gesamthändische Anteil in jedem Falle etwas ganz anderes ist wie der gelegentlich ebenso bezeichnete „Bruchteil“, so ist aus dieser gleichmäßigen Verwendung eher noch zu schließen, daß das Wort Anteil übereinstimmend mit der Sprache des Lebens keinen technischen, sondern einen allgemeinen Ausdruck darstellt, der „Bruchteil“ mit umfaßt. Man kann deshalb ebensowohl annehmen, daß er im § 719 Quoten bedeute wie auch, daß er lediglich zur Bezeichnung der Mitträgerschaft an der ungeteilten Zuständigkeit einer gesamthändischen Gemeinschaft gewählt ist. Die Materialien, denen ja in terminologischen Fragen zweifellos eine höhere Bedeutung zuzumessen ist, lassen übrigens erkennen, daß die Differenz zwischen den damals zur Beratung stehenden Fassungen:

„Das GV. steht . . . nicht nach Bruchteilen zu“,
„Das GV. steht . . . nicht nach festen Bruchteilen zu“,
„Der Gesellschafter kann über seinen Anteil nicht verfügen“,[10])

„als wesentlich redaktioneller Natur“[11]) betrachtet wurde.

Auch in der von Nagler als Hinweis auf die Theorie der U. M. gedeuteten Bemerkung der Denkschrift zum HGB.[12]), die sich gegen die Auffassung verwehrt, das Gesellschaftsvermögen stehe im **Miteigentum**, ist eine Stellungnahme nicht zu erblicken. Auch die geteilte Mitberechtigung ist ja, technisch gesprochen, sicher kein Miteigentum.

Es läßt sich also mit gutem Grunde behaupten, daß der Ausdruck Anteil der Theorie der U. M. in keiner Weise präjudiziert.[13])

Im Übrigen sprechen die Materialien nicht nur nicht für eine der

---

[9]) Vgl. z. B. Joerges, ZHR. 51, 64 und Seeler, Die Lehre vom Miteigentum nach BR., Halle 1897, S. 105.

[10]) Metallogr. Prot. S. 2430 ff, Antrag IV zu § 645 S. 2431; Unterantrag a zu Antrag 4 S. 2435; Antrag V daselbst S. 2434 (Guttentag II S. 426 f.).

[11]) Prot. S. 2445 (Guttentag II S. 433).

[12]) Guttentag 94.

[13]) Ausführlich im gleichen Sinne von Thur, Der Allgemeine Teil 2c. § 20, VIII S. 358 f. „. . . mit dem Worte Anteil wird das Rechtsverhältnis bezeichnet, welches sich für A daraus ergibt, daß er zugleich mit B und C Subjekt eines Gesamt-

beiden Alternativen, sondern es ist sogar der Wissenschaft der Weg ganz ausdrücklich freigegeben, indem die zweite Kommission nach Erörterung der beiden Anschauungen darüber einig war, „eine Entscheidung der wissenschaftlichen Streitfrage vermeiden zu wollen.[14])

Es ist also kein Anhalt im Gesetzbuch gegeben, kein Fingerzeig aus seiner Entstehungsgeschichte zu entnehmen und auch keine Erwägung der Rechtslogik drängt zwingend nach der einen oder der anderen Seite. Die Entscheidung der Frage, ob die Wirkung der Gesamthand sich auf die Substanz erstrecke, oder ob die rechtliche Zuständigkeit den getrennten Sondersphären der einzelnen in der Gemeinschaft zufalle, muß aus den allgemeinsten Regeln rechtlicher Konstruktion sich ergeben — und da kann das Ergebnis nicht zweifelhaft sein:

Nachdem festgestellt ist, daß die Gesellschaft eine gesamthändische Gemeinschaft ist, daß also das Gesellschaftsvermögen einer solchen „gemeinschaftlich" wird, kann man nicht ohne besonderen, zwingenden Grund das wichtigste und nächstliegendste Vermögensrecht, die Rechtszuständigkeit des Vermögens, von der Wirksamkeit des Prinzips ausnehmen.

Wenn man bedenkt, wie verschieden und teilweise künstlich[15]) die Quoten berechnet werden und wie dabei von keiner Seite irgendein zwingender Grund für die vorgeschlagene Art und Weise dieser Berechnung aus dem Gesetz beigebracht werden kann; wie unmöglich es ist, alle dabei in Betracht kommenden Gesichtspunkte auf einmal zu berücksichtigen und wie wenig schließlich jede quantitative Absonderung dem Zweck und Wesen des Institutes entspricht, so muß der gezogene Schluß noch wahrscheinlicher werden, daß das Gesetz diese groteske, im besten Falle wie ein ewig unberuhigter Wagebalken schwankende quotitative Verteilung des Zuständigkeitsrechts überhaupt nicht kennt, die „eine so völlig leere Vorstellung" bedeuten würde.[16])

Es müßte — und diese Überlegung entscheidet — der Beweis geführt werden, daß in diesem gesamthändischen Institut das Zuständigkeitsrecht des gemeinschaftlichen Vermögens von der Wirksamkeit des Prinzipes ausgenommen ist.

Dieser Beweis kann nicht angetreten werden.

vermögens ist." Hiergegen ist allerdings einzuwenden, daß — wie überall bei von Thur — der personenrechtliche gegenüber dem sachenrechtlichen Gesichtspunkt vernachlässigt ist.

[14]) Metallogr. Prot. 2445 (Guttentag II S. 433).

[15]) Vgl. z. B. die Übersicht bei Joerges ZHR. 51, 65 ff.

[16]) Gierke, GenTh. 389. Zur Illustrierung des Gesagten vgl. die Darstellung Kohlers (der auf entgegengesetztem Standpunkte steht) in Holtzendorffs und seiner Enzyklopädie I, 695.

Die Entscheidung fällt also zugunsten der Theorie der ungeteilten Mitberechtigung.

Die Anteile, von denen das Gesetz spricht, sind die Bezeichnung der gesamthändischen Mitträgerschaft der Gemeinschaftssphäre.

Die objektive Seite des Problems.

§ 15.

I. Das Vermögen ist kein Rechtsinbegriff.

Wir wenden uns nunmehr der objektiven Seite des Problems zu: Welches ist der Gegenstand dieser soeben qualifizierten Mitberechtigung der Gesellschafter?

Ist das „gemeinschaftliche Vermögen", von dem das Gesetz spricht, ein selbständiger Rechtsobjektivität fähiger Inbegriff (universitas iuris), oder ergreift die Mitberechtigung unmittelbar die einzelnen Gegenstände des Vermögens?

Es ist oben bereits gestreift worden, daß Gierke schon früher den Gedanken der deutschrechtlichen universitas iuris als eines selbständigen Rechtsobjekts verschiedentlich eingehend entwickelt und insbesondere auch für die offene HG. als geltendes Recht dargestellt hat.[1])

Er trat dann auch während der Beratungen über den ersten Entwurf auf das lebhafteste mit der Forderung nach Anerkennung solcher Inbegriffe hervor,[2]) die von dem ersten Entwurf selbst ausdrücklich abgelehnt worden war,[3]) und vertritt heute die Ansicht, daß diese Forderung auch erfüllt sei, daß das Gesetz „beim GV. wie im Familien- und Erbrecht sein atomistisches Grundprinzip durchbrochen habe".[4])

Er hat darin aber Nachfolge nicht gefunden.

Höchstens Endemann wäre zu nennen; obwohl er nämlich im Prinzip das Vermögen nicht als selbständiges Rechtsobjekt ansieht, macht er doch für den Anteil des Gesellschafters am G. V. offenbar eine Ausnahme.[5])

Dagegen leugnet die herrschende Meinung die selbständige Rechtsobjektivität ausdrücklich.[6])

---

[1]) GenR. II S. 64 ff., 930 ff.; GenTh. 365 f.; Deutsch. PrivR. I § 31. Ferner: GenTh. 495 ff.

[2]) Insbesondere Becker u. Fischer, Beitr. z. Erl. u. Beurteilung des Entw. 18, 107 f.

[3]) Motive III S. 558 f.

[4]) ArchBürgR. 19, 124; Deutsch. PrivR. II § 104 S. 56/57.

[5]) F. Endemann, Lehrb. I § 50 Anm. 14 S. 229/30.

[6]) Binder, Rechtsst. III S. 25, 26 und die im Text zitierten Stellen. Crome, System I § 58, 2 S. 274; Dernburg, Lehrb. III § 2, 3 S. 8: der unentschiedene Aus-

Als Grund [7]) für Gierkes Anschauung könnte in Betracht kommen, daß das BGB. einen Nießbrauch am Vermögen kennt. Aber gerade an dieser Stelle zeigt es sich, daß das Vermögen nicht als selbständiger Rechtsobjektivität fähig behandelt wird, indem angeordnet ist, daß der Nießbrauch an allen einzelnen Gegenständen besonders erlangt werden muß. (§ 1085 BGB.) Ferner könnte man aus der ehemännlichen und väterlichen Verwaltung und Nutznießung am „Vermögen" der Frauen oder der Kinder auf das Vorhandensein eines solchen Inbegriffs schließen. (§§ 1363 ff.; 1649 ff.) Es ist aber kein zwingender Grund vorhanden, hier zur Annahme eines dinglichen Rechts am Vermögen als selbständigem Rechtsobjekt zu gelangen, „da sich keine einzige Konsequenz dieses Satzes ermitteln läßt".[8]) Daß die Vorschriften des Nießbrauchs nicht im ganzen angezogen sind, sondern nur in einzelnen Beziehungen kann daran nichts ändern: Mit Recht weist Binder darauf hin, „daß es keine vindicatio patrimonii im System unseres heutigen Rechts gebe,[9]) und daß darin der schlagendste Beweis für die Vielheit des Vermögens enthalten sei."

Die Argumentation aus dem Begriff des Sondervermögens ist bereits oben zurückgewiesen worden.[10])

Es muß deshalb festgestellt werden, daß es für das BGB. den Vermögensinbegriff im Sinne eines einheitlichen Rechtsobjektes nicht gibt.

Aber nicht nur die heute geltenden Einzelbestimmungen zwingen zu diesem Ergebnis. Es ist vielmehr auch begrifflich die Vorstellung der einheitlichen Beziehung des Subjekts zu einem Komplex von Sachen und Forderungen — als Eigentum am Inbegriff von den Vertretern der Inbegriffstheorie „vorgestellt und bezeichnet",[11]) — für das Recht des BGB. m. E. überhaupt nicht mehr möglich, nachdem der landrechtliche [12]) Begriff des Eigentums auch an Rechten verschwunden ist.

Dies wird auch dadurch nicht geändert, daß man ausführt: Nicht die

---

druck enthält ebenfalls eine Ablehnung. Enneccerus, Lehrb. § 115, II S. 284; Goldmann-Lilienthal, BGB. § 197, 4 S. 759, in besonderer Bezugnahme auf das GB.; Hellwig, Anspruch und Klagrecht § 29 Anm. 8 S. 198; Jakusiel, Nutzungsrecht . . . am Handelsgeschäft, Berlin 1906, § 5 S. 19; Joerges 49, 174 ff., insbesondere S. 191; Kipp bei Windscheid § 137 a. E. S. 694 ist auch nur als eine Ablehnung aufzufassen; Knoke, Gesellschaft 92; Matthiaß, Lehrb. I § 37, 1 d, 2 S. 126; Nagler 719; Oertmann, Schuldverhältnisse Vorbem. zu § 705 S. 760; Sohm, Gegenstand S. 18, 23, 24.

[7]) Vgl. zum folgenden Peickert, Die Rechtsnatur der off. HG., Jur. Diss. Breslau 1905, S. 22 ff.

[8]) Binder, Rechtsst. III S. 24.

[9]) Binder, Rechtsst. III § 34 S. 19. Vgl. ferner die Fassung der §§ 2018 ff. über den Erbschaftsanspruch und § 1380 für das Güterrecht.

[10]) Vgl. oben S. 15 f.

[11]) Gierke, GenTh. 495 bei Anm. 2.

[12]) ALR. I, 8 § 1.

Sache ist im Vermögen enthalten, sondern das Eigentum, und das ist ebensosehr nur ein Recht wie die Forderung. Mag man beide Arten von Rechten auch als in gleicher Weise für fähig bezeichnen, ihrerseits Objekt von dinglichen Rechten zu sein[13]) — den inneren Unterschied zwischen der Beziehung eines Sachenrechtes und eines Forderungsrechtes zu ihrem Subjekt kann das nicht ändern.[14])

Die Tatsache, daß das Gesetz von den „Anteilen an den einzelnen Gegenständen" spricht, ist für die Vertreter der Inbegriffstheorie kein Hindernis, indem angenommen wird, daß die Bestandteile noch „mittelbar durch das Ganze hindurch ergriffen werden"[15]), wenn man den Satz nicht einfach als „unglücklich gefaßt" erledigt.[16])

Andererseits ist der Ausdruck „Anteil am Gesellschaftsvermögen" von dem hier vertretenen Standpunkt aus als zusammenfassende Bezeichnung der Einzelanteile sehr wohl zu erklären.[17])

Außerdem führt die Behandlung der Pfändung des Anteils am GV. im § 725 BGB. und § 859 ZPO. noch auf einen anderen Gedanken: es sei nämlich unter dem „Anteil am GV." lediglich die Summe aller vermögenswerten Rechte obligatorischer Natur, insbesondere auch das Recht auf den Anteil am Restbestand der Auseinandersetzung verstanden, „um eine abgekürzte Bezeichnung zu haben".[18]) Manche Schriftsteller fassen endlich Anteil am GV. als beides zusammenbedeutend[19]) oder als gleichbedeutend mit Mitgliedschaft.[20])

M. E. muß jede Argumentation aus diesem Ausdruck unterbleiben. Das eigenartige Verfahren der Anteilspfändung zeigt, daß es sich dabei um ein eigenartiges Verhältnis handelt, nämlich um die Beschlagnahme aller vermögensrechtlich wertvollen Beziehungen der personalen Mitgliedschaft.

Das Wort Anteil ist nicht technisch und bezeichnet eben nur die Beanteiligung, sei diese wie sie sei, ohne selbst einen Schluß auf ihre Rechtsnatur zuzulassen.

---

[13]) Sohm, Gegenstand § 13, besonders S. 75.

[14]) Das behauptet auch Sohm nicht; vgl. a. a. O. S. 75 a. E. Vgl. hierzu Binder, Rechtsst. III S. 14 bei Anm. 21 und ZHR. 59, 64 ff.

[15]) Gierke, ArchBürgR. 19, 124 und sonst.

[16]) Endemann, Lehrb. III § 109 Anm. 9 S. 479.

[17]) So auch Knoke, Gesellschaft 92.

[18]) So Cosack, Lehrb. II § 266 bei Anm. 13 S. 369; Endemann, Lehrb. I, 2 § 181 bei und in Anm. 50 S. 1141, ähnlich Gaupp-Stein zu § 859 I Abs. 2 „Die übrigen Gesellschafter seien Drittschuldner"; Hirsch, Teilbarkeit des Eigentums ꝛc., Jur. Diss., Halle 1900, S. 59.

[19]) Hellwig, Anspruch und Klagrecht § 29 Anm. 8 S. 200 (ausdrücklich gegen Cosak).

[20]) Nagler 738; Sohm, Gegenstand 39 Anm 2, S. 68.

§ 16.

II. Der Inhalt des Ausdrucks „Vermögen" im BGB.

Da nach dem eben Gesagten dem geltenden Recht die selbständige Rechtssubjektivität eines Vermögensinbegriffs fremd ist, werden die einzelnen Gegenstände des Gesellschaftsvermögens von der gesamthändischen Mitberechtigung der einzelnen Gesellschafter ergriffen, ihre Anteile beziehen sich unmittelbar auf die einzelnen Gegenstände.

Was aber kommt als solche Gegenstände des Vermögens in Betracht?

Die herrschende Lehre antwortete darauf bisher: das Vermögen sei „der Inbegriff der geldwerten Rechte einer Person".[1] Neuerdings hat nun Sohm in seiner mehrerwähnten Schrift über den Gegenstand und den anschließenden Aufsätzen in Kohlers Archiv und Iherings Jahrbüchern eine neue Definition aufgestellt: Das Vermögen ist der Inbegriff der einem Rechtssubjekt zustehenden Gegenstände im technischen Sinne.[2] Er hat diese Definition unter Überspringung des Begriffs Gegenstand speziell für die hier interessierende Frage dahin formuliert:

> Vermögensrechte sind alle dem Kreise der veräußerlichen Rechte angehörigen Rechte; das sind alle *ihrer Art nach* veräußerlichen Rechte (bei denen es nämlich zum Ausschluß der Veräußerlichkeit eines besonderen Rechtsgrundes bedarf) und deren Tochterrechte, d. h. die aus ihnen mittelst Verfügungsgeschäft geschaffenen Rechtsgebilde.[3]

Auf die Streitfrage nach der technischen Bedeutung des *Gegenstandsbegriffs*[4] kann hier nicht eingegangen werden. Sohms Begriffsbestimmung ist aber für das Gesetzeswort „*Vermögen*" m. E. nicht zutreffend.

Wenn man auch ohne weiteres zugeben wird, daß alle „Gegenstände" Vermögensrechte sind, so kann doch die umgekehrte, weitere Behauptung „die rechtliche Eigenart der Vermögensrechte beruhe darin, daß sie Gegenstände sind" — „nur aus Gegenständen bestehe das „Vermögen", d. h. der Vermögensinbegriff, das „Gut" des BGB.",[5] nicht als richtig anerkannt werden.

Wenn Sohm schreibt: „Die Vermögensrechte sind die verkehrsfähigen, die Rechte des Personenrechts die verkehrsunfähigen Privatrechte. Die

[1]) Dernburg, Lehrb. I § 18, III.

[2]) Sohm, z. B. ArchBürgR. 28, 185. Gegenstand = Verfügungsgegenstand.

[3]) Sohm, Iherings Jahrb. 53, 377 u. 380 Anm. 15.

[4]) Über die Literatur und den gegenwärtigen Stand des Streites, der sich entschieden zugunsten Sohms zu wenden beginnt, vgl. neuestens Binder im 34. Bd. von Kohlers ArchBürgR. 209 ff.

[5]) Sohm, Gegenstand 22 f.

Zweiteilung der anspruchgeschützten Privatrechte in Gegenstände (Vermögensrechte) und Nichtgegenstände (personenrechtliche Rechte) beherrscht das BGB.,"[6]) so ist der Gedankengang dabei offenbar der folgende: Der Begriff Vermögen bezeichnet den für den Rechtsverkehr in Betracht kommenden Teil einer objektiven Rechtssphäre. Der Verkehr aber spielt sich endgültig immer in Verfügungsgeschäften ab, bezw. hat stets Verfügungsgeschäfte (Umsatz) zum Ziel. Deshalb gehören nur die ihrer Art nach umsatz- — d. h. verfügungsfähigen Rechte zum Vermögen.

Sohm hat im Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. 28 S. 173 ff. die Forderung aufgestellt und begründet, man dürfe auch die Grundbegriffe des Rechts nicht aus allgemeinen Erwägungen heraus definieren, sondern sie induktiv, „auf Grund des positiven Rechts, d. h. auf Grund der Rechtssätze feststellen, welche z. B. den Vermögensrechten gemeinsam sind."

Daß diese Methode zu den von ihm gezogenen Schlüssen führt, ist nun in seinen verschiedenen Veröffentlichungen zwar für den Begriff Gegenstand — nicht aber für den Begriff Vermögensrecht oder Vermögen im einzelnen nachgewiesen.

Mir erscheint ihre Durchführung für diesen Begriff aber auch von vornherein unmöglich: Denn notwendige Voraussetzung dafür ist, daß der festzustellende Begriff auch wirklich ein gesetzestechnischer ist, d. h., daß er im ganzen Bereich des geltenden Rechts, oder im Bereiche des neuen Reichsrechts oder wenigstens im BGB. selbst überall die gleiche Bedeutung habe.

Und diese Voraussetzung trifft m. E. bei „Vermögen" nicht zu.

Während z. B. in den §§ 1627, 1640, 1793 BGB.[7]) die Schulden unzweifelhaft unter den Begriff Vermögen fallen, und auch bei der „Übernahme eines ganzen Vermögens" infolge von § 419 auf den Erwerber mit übergehen,[8]) also in dem Ausdruck inbegriffen sind, umfaßt derselbe

---

[6]) Sohm, Gegenstand a. a. O.; vgl. außerdem die näheren Ausführungen in Iherings Jahrb. 53, 381 ff. u. 392, sowie ArchBürgR. 28, 187.

[7]) Lux 53 nennt noch §§ 1438, 1459 f., 2032, 1967, 2058 f.

[8]) Exkurs.

Der § 419 sagt: „Übernimmt jemand durch Vertrag das Vermögen eines anderen, so können dessen Gläubiger unbeschadet der Fortdauer der Haftung des bisherigen Schuldners . . . ihre Ansprüche auch gegen den Übernehmer geltend machen.

Die Haftung des Übernehmers beschränkt sich . . ."

Damit ist der Übergang der Schuld ausgesprochen. Der Übernehmer ist der „persönliche Schuldner" — nicht mehr der Veräußerer, was u. a. für das Grundbuchrecht von Wichtigkeit ist: Gehört beispielsweise zum übernommenen Vermögen ein mit Hypotheken für Schulden des Veräußerers belastetes Grundstück und bezahlt der Übernehmer die Schuld, so erwirbt er nicht etwa nach § 1143 eine Forderung gegen den Veräußerer! Bezahlt der Veräußerer — infolge Fortdauer seiner Haftung dazu

Ausdruck Vermögen in den §§ 1085 ff. BGB., wo vom Nießbrauch an dem Vermögen einer Person gehandelt wird, die Schulden nicht. Denn abgesehen davon, daß man von Schulden keine „Nutzungen" ziehen kann (vgl. die Legaldefinition im § 1030 Abs. 1), so zeigen die ausführlichen Vorschriften über die Art und Weise der Haftung des dem Nießbrauch unterworfenen Vermögens (§§ 1086 bis 1088) ganz deutlich, daß die Schulden regelmäßig beim Besteller bleiben und nur eine Haftung des Berechtigten mit dem dem Nießbrauch unterworfenen Vermögen eintritt. Zinsschulden gehen aber im Gegensatz dazu tatsächlich passiv auf den Nießbraucher über (§ 1088), der persönlich mit dem Besteller zusammen Gesamtschuldner wird.

gezwungen — eine durch Hypothek an einem mitveräußerten Grundstück gesicherte Schuld, die zur Zeit der Vermögensübergabe gegen ihn bestand, so zahlt er nicht als „der persönliche Schuldner" und es geht die Hypothek nicht auf Grund von § 1164 BGB. nur für eine eventuelle Ersatzforderung an ihn über, sondern — beim Mangel besonderer Vorschriften analog wie bei der Zahlung durch Bürgen — aus §§ 774, 401 die ursprüngliche Forderung samt Pfandrecht.

Das ist besonders wichtig für den Fall der Gesamthypothek: Haftet noch das Grundstück eines Dritten mit dem veräußerten Grundstück insgesamt, so erlischt diese Hypothek nicht infolge § 1174 Abs. 1 letzter Halbsatz — sondern geht als Akzession der wieder erworbenen, ursprünglichen Forderung auf den Veräußerer über.

Selbstverständlich kann der Nichtübergang der Schuld durch Vertrag mit dem Gläubiger ausgemacht sein. Dann finden alle diese Erwägungen keine Anwendung und es bleibt nur aus Abs. 3 des § 419 die Haftung bestehen (RG. Zivilsachen, 7. Sen. vom 10. Juli 1909, Entsch. 71, 377 ff.).

Oder aber es ist im Innenverhältnis zwischen Übernehmer und Veräußerer vereinbart, daß der Veräußerer zur Befriedigung des Gläubigers verpflichtet bleibe. In dem Falle ist die Lage des Veräußerers dieselbe, wie bei der nichtgenehmigten Schuldübernahme nach § 415 Abs. 3 die des Übernehmers.

Anderer Meinung ist für die ganze Frage das Reichsgericht (6. Zivilsen. vom 22. Juni 1908, Entsch. 69, 283 ff.). Es geht dabei von dem „historischen deutsch-rechtlichen Vermögensbegriff aus, der bei Schöpfung des § 419 fraglos zugrunde gelegen habe" und meint: es sei der Rechtssatz, man dürfe nicht ein Vermögen ohne Schulden übertragen — dies sei notigenfalls als Vertragswille zu unterstellen —, im gemeinen Recht ausgebildet und vom BGB. akzeptiert worden. Warum aus dieser Erwägung dann gerade doch lediglich Haftungs- statt Schuldübergang gefolgert wird, bleibt unersichtlich.

Freilich soll „diese Haftung durchaus verschieden von der aus einer vertragsmäßigen Schuldübernahme ... hervorgehenden sein" (S. 287/88), die im Falle der Genehmigung des Gläubigers den bisherigen Schuldner befreit, den Übernehmer aber mit seinem ganzen Vermögen haften läßt.

Aber dieser Unterschied ist eben auch ganz ausdrücklich in dem § 419 festgesetzt, der nach der hier vertretenen Meinung die Verschiedenheit der einfachen von der zugleich mit dem Übergange des Vermögens vor sich gehenden Schuldübernahme regelt, während nach dem Reichsgericht es sich ja doch im zweiten Falle nur um eine Haftungsübernahme handeln soll.

Es gehören die Schulden also hier wiederum zum Vermögen.

[illegible] werden wir sehen, daß auch der gesetzestechnische Begriff „Geschäftsvermögen" die Schulden nicht umfaßt.

Ferner kann in den §§ 311 und 419 „das gegenwärtige Vermögen" — also das ganze Vermögen — natürlich nur aus den übertragbaren Gegenständen einer Vermögensgesamtheit bestehen, während niemand bezweifeln wird, daß zum Gesellschaftsvermögen der §§ 718 ff. oder zum Kindesvermögen der §§ 1627, 1640, 1760 oder zum Vermögen des § 1667 [illegible] auch unübertragbare Forderungen gehören können.

[illegible] familienrechtlichen [illegible] Unterhaltspflicht [illegible] Rechte als unter dem Worte „Vermögen" inbegriffen betrachtet werden, da niemand [illegible] bei der Übertragung eines Vermögens oder bei der Bestellung eines Nießbrauchs daran [illegible] wird.

[illegible]

[illegible] „Vermögen" [illegible]

[illegible] „Vermögen" [illegible] nicht gesprochen werden kann.[22]

[illegible]

[illegible] erwidert ist Sohm im Arch. bürg. R. 28, 181 f.).

[22] Der hier gar nicht erwähnten erbrechtlichen Begriff des Vermögens scheint Sohm übrigens schon selbst aus (Gegenstand S. Anm. 4).

Auch in einem technisch sprechenden Gesetzbuch kehren Ausdrücke des täglichen Lebens wieder, die selbst nicht technisch sind. Hier ist auf den gewöhnlichen Wortgebrauch zurückzugehen und in jedem Einzelfalle aus dem Gesetz zu prüfen, ob und inwiefern Abweichungen von einem allgemein aufzustellenden Begriff vorliegen.

Sohms Definition trifft aber m. E. nicht vollständig solchen allgemeinen Begriff.

Weil sie technisch sein will, muß sie zu eng sein. Vielfach wird man die güterrechtlichen Rechte einer Person, d. h. die Vermögensrechte kraft Personenrechts (die zwar Vermögensrechte sind, aber allerdings Nichtgegenstände bleiben), zum „Vermögen" rechnen — fast immer z. B. die aus gesellschaftlichen Verhältnissen sich ergebenden;[12]) — häufig die Schulden.

Trotzdem ist Sohms Definition darum wertvoll, weil sie begrifflich exakt eine sehr große Gruppe von Rechtsgebilden umschließt, die immer[13]) zum Vermögen gehören, während es bei den andern, den Nichtgegenständen, allerdings immer zweifelhaft ist. Damit ist sofort Klarheit für die Untersuchung der Einzelfälle geschaffen.

Aber auch die herkömmliche Definition, die mit Rücksicht auf die Schulden vielleicht dahin zu formulieren wäre, daß Vermögen der Inbegriff der geldwerten Rechtsbeziehungen einer Person sei, ist geeignet, eine Richtschnur zu geben. Selbstverständlich sind auch bei ihr alle die Rechte als Teile des Vermögens zu betrachten, die „ihrer Art nach"[14]) Geldwert haben, d. h. z. B. auch das Eigentum an einem wertlosen Papierfetzen oder einer Haarlocke.[15])

Beide Definitionen entspringen demselben Gesichtspunkte des Verkehrs. Denn Geld hat ja als solches auch nur im Verkehr Wert — nur im Hinblick auf den Verkehr, den Umsatz, kann ein Geldwert festgesetzt werden.

Sohm verlangt die faktische Verkehrsfähigkeit — Dernburg und die anderen nur, daß die Beziehung zum Verkehr hergestellt werden kann.

---

[12]) Wollte man mit Sohm z. B. auch den Anteil eines offenen Handelsgesellschafters nicht zu dessen „Vermögen" rechnen, so wäre eine große Anzahl unserer reichen Kaufleute vermögenslos — auch gegenüber dem Offenbarungseid! (§ 807 ZPO.).

[13]) Daß die infolge Sondertatbestandes unübertragbaren „Gegenstände" in den §§ 311, 419 BGB. einmal nicht unter das Wort „Vermögen" des Gesetzes fallen, kann hier — wo es sich im Gegensatz zu den bisherigen Erörterungen um klassifikatorische (Denk-)Begriffe und nicht mehr um eine technische Bezeichnung handelt, natürlich nicht schaden. Daß diese Ausnahme dort Platz greift, ebenso wie andere derartige Ausnahmen möglich sind, ist selbstverständlich.

[14]) Gegen Binder, ZHR. 59, 20.

[15]) Aus solchen Beispielen kann m. E. nicht mit Sohm (ArchBürgerR. 28, 180 ff.) die Wertlosigkeit dieses Gesichtspunktes hergeleitet werden.

Der Gesichtspunkt des Verkehrs ist auch bei der grundlegenden Begriffsbestimmung für die verschiedenen „Vermögen“ festzuhalten, denn er entspricht allerdings der Anschauung des Lebens:

Sohms Deutung bildet dabei die enge, die Auslegung Dernburgs die weite Grenze des jedesmal im einzelnen festzustellenden Vermögensbegriffes im geltenden Recht.

Auch der Begriff des Gesellschaftsvermögens ist deshalb nur für sich und in einzelner Untersuchung festzustellen.

Lebenslauf.

Ich, Johannes Wilhelm Rudolf Kaufmann, bin am 3. Januar 1887 zu Straßburg i. E. als Sohn des jetzigen o.ö. Professors der Geschichte an der Universität Breslau Geh. Regierungsrat Dr. Georg Kaufmann und seiner verstorbenen Frau Marie, geb. Mahn, geboren, bin Preuße und evangelisch. Ich besuchte die private Knabenschule von Dr. Karl Mittelhaus und das Königliche Friedrichsgymnasium zu Breslau, das ich Ostern 1905 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Darauf studierte ich in Breslau (1 Semester), Freiburg i. Br. (2 Semester) und Breslau (3 Semester), bestand am 17. September 1908 am Kgl. Oberlandesgericht Breslau die erste juristische Staatsprüfung „mit Auszeichnung" und am 27. September 1908 vor der Juristenfakultät der Universität Breslau das examen rigorosum. Demnächst genügte ich meiner Militärpflicht beim Feldartillerieregiment v. Peucker (1. Schles.) Nr. 6 und wurde dann beim Amtsgericht Hermsdorf u. Kynast als Referendar beschäftigt.

Gegenwärtig bin ich dem Landgericht Breslau zur Ausbildung überwiesen.